DER BEGRIFF DES PROZESSGESETZES

(EINE DAS VERFAHREN BETR. VORSCHRIFT) IM § 295 UND 554, ABSATZ 3, 2b CPO.

INAUGURAL-DISSERTATION

VERFASST UND DER

HOHEN RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

DER

KGL. BAYER. JULIUS-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT

WÜRZBURG

ZUR ERLANGUNG DER

RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN DOKTORWÜRDE

VORGELEGT VON

LUDWIG SCHLAEGER

AUS

NÜRNBERG.

ACAD. IUGD. BAT. BIBL.

WÜRZBURG
BUCHDRUCKEREI FRANZ STAUDENRAUS
1913.

Referent: Professor Dr. A. Mendelssohn Bartholdy.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

I. Abschnitt.

§ 1. Geschichtliche Entwickelung des § 295 CPO. 9

II. Abschnitt.

§ 2. Allgemeine Ausführungen zu § 295 CPO. 25

III. Abschnitt.

§ 3. Die einzelnen Verfahrensnormen im Sinne des § 295 I CPO. 32

Schlussbemerkung 106

Literatur-Verzeichnis.

I.

Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich vom 30. Januar 1877 in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898 mit den Abänderungen der Reichsgesetze vom 5. Juni 1905, 1. Juni 1909 und 22. Mai 1910. (CPO.)

II.

Kommentare zur CPO.

Freudenthal, H., die CPO, Handausgabe, 3. Aufl., München, 1910.
Gaupp-Stein, die CPO., 8. und 9. Aufl., Tübingen, 1908.
Gaupp-Stein, die CPO., 10. Aufl., Tübingen, 1910/11, 1912.
Neumiller, J., die CPO., Handausgabe, 3. Aufl., München, 1910.
Petersen-Anger, die CPO. 5. Aufl., Lahr, 1905/10.
Seuffert, die CPO., 11. Aufl., München, 1910.
Skonietzki-Gelpke, die CPO. und G.V.G., Berlin, 1905/10.
Struckmann-Koch, die CPO. f. d. D. R., 9. Aufl., Berlin, 1910.
Sydow-Busch, die CPO., Handausgabe, 12. Aufl., Berlin, 1910.
Warneyer, die CPO., erl. durch die Rechtsprechung, 3. Aufl., Leipzig, 1910.

Glück, Ch. F., Pandekten-Commentar, Erlangen, 1796.
J. H. Schlink, Commentar über die französische Civilprozessordnung, Coblenz, 1843—1845.

III.

Systematische Darstellung des Civilprozess-Rechts.

Bethmann-Hollweg, der Civilprozess des gemeinen Rechts, Bonn, 1854—1874.
Endemann, das deutsche Civilprozessrecht, Heidelberg, 1868.
Engelmann, der Civilprozess, Geschichte und System, Breslau, 1890.
Fitting, H., der Reichscivilprozess, 12. u. 13. Aufl., Berlin, 1908/09.
Hellmann, F., Lehrbuch des Deusch. Civilprozessrechts, München, 1885.
Hellwig, K., Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts, I, II, III, Leipzig, 1903/09.
Hellwig, K., System des Deutsch. Civilprozessrechts. I. Teil, Leipzig, 1912, (cit. Hellwig, System).
Kleinfeller, G., Lehrbuch des Deutsch. Civilprozessrechts, 2. Aufl., Berlin, 1910.

Linde, Lehrbuch des gemeinen Civilprozesses, 7. Aufl., Bonn, 1850.
Plank, J. W., Lehrbuch des Deutsch. Civilprozessrechts, 1887/96. (Nördlingen.)
Schmidt, R., Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts, 2. Auflage, Leipzig, 1906/10.
Wach, A., Handbuch des Deutsch. Civilprozessrechts, I, Leipzig, 1885.
Weissmann, J., Lehrbuch des Deutsch. Civilprozessrechts, Stuttgart 1903/05.
Wetzell, System des ordentl. Civilprozesses, 3. Aufl., Leipzig 1878.

Stölzel, Schulung f. civil. Praxis, I, 8. Aufl. Berlin, 09; II, 5. Aufl.
Wach, Vorträge über die Reichscivilprozessordnung, 2. Aufl., Bonn, 1896.
Garsonnet, Traité théorique et pratique de procédure, Paris, 1882—1888.

IV.

Abhandlungen.

Biermann, „Die Zwangsvollstreckung aus einem verkündeten Endurteile, dessen vollständige Abfassung unmöglich wird, Zeitschrift f. Civilprozess, 35, S. 201.
Brugier, „Die Zwangsvollstreckung aus einem verkündeten Endurteile, dessen vollständige Abfassung unmöglich wird", Zeitschrift f. Civilprozess, 36, S. 299.
Bülow, „Dispositives Civilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung", Archiv für die civilistische Praxis, 64, S. 1.
Fitting, „Über die Folgen von Mängeln des Verfahrens", Zeitschrift f. Civilprozess, 11, S. 1.
Francke, W. Ch., „Die Nebenparteien der Deutschen CPO.", Göttingen, 1882
Goldenring, „Zur Auslegung und Anwendung des § 267 CPO", Zeitschrift für Civilprozess, 9, S. 84.
Heilbut, „Müssen und Sollen in der Deutschen CPO.", Archiv für die civilistische Praxis, 69, S. 331.
Höpfner, „Vertretung ohne Vollmacht", 1899.
Kohler, „Der Prozess als Rechtsverhältnis", 1888.
Kräwel, „Bedenken über das französische Wesen der für Preussen, Bayern von der Kommission in Hannover ausgearbeiteten Entwürfe einer bürgerlichen Prozessordnung".
Löning, „Die Widerklage", Zeitschrift für Civilprozess 4, S. 57.
Neubauer, „Entscheidungen des Reichsgerichts über den Zeugenbeweis", Zeitschrift f. Civilprozess, 19, S. 158.
Neubauer, „Erörterungen, civilprozessualische", Zeitschrift f. Civilprozess 17, S. 92.
Rönnberg, „Eidesbeweis", Zeitschrift f. Civilprozess, 28, S. 83.
Schwickerath, „Der Beschlusseid", Diss. 1896.
Trutter, „Prozessualische Rechtsgeschäfte".
Vierhaus, „Verlust des Rügerechts", Zeitschrift für Civilprozess, 5, S. 86.

Blanckmeister, Recht, 5, S. 543.
Erythropel, Deutsche Juristenzeitung, 10, S. 719; Zeitschrift f. Civilprozess, 3, S. 112.
Heilwig, Recht, 9, S. 300.
Jess, Recht, 9, S. 456; 11, S. 4.
Reuling, Juristische Wochenschrift, 1883, S. 57.
Schwalbach, Archiv für die civilistische Praxis, 64, S. 276.

V.

Zeitschriften und Sammlungen von Entscheidungen.

Annalen der Grossherzoglich-Badischen Gerichte. (Bad. Ann.)
Archiv für das Civil- und Kriminalrecht der k. Preuss. Rheinprovinz. (Rhein. Arch.)
Archiv für die civilistische Praxis. (Arch. Civ. Prax.)
Badische Rechtspraxis. (Bad. Rpr.)
Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand, herausgeg. von Sörgel. (Recht.)
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann. (OLG. Rsp.)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. (RG.)
Jahrbücher für die Württemb. Rechtspflege. (Württ. J.)
Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreussen und Pommern. (Pos. M. Schr.)
Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsass-Lothringen (Els. Loth. Z.)
Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozess. (Sächs. Arch.)
Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Gerichtshofes (Obersten Landesgerichts) in Gegenständen des Civil-Rechts und Prozesses. (Bay. S.)
Schleswig-Holsteiner Anzeigen. (Schl. Holst. Anz.)
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. (S. A.)
Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung. (Bl. f. R. A.)
Württembergisches Gerichtsblatt. (Württ. Ger. Bl.)
Zeitschrift für Deutschen Civilprozess. (ZZP.)
Zeitung der Anwaltskammer im Bezirke des Oberlandesgerichts Naumburg. (Naumb. A. K.)

Code de procédure civile.
Corpus iuris civilis. Editio stereotypa sexta von Brüger-Mommsen, Berlin 1893.

Entwurf einer allgemeinen Civilprozessordnung für die Deutschen Bundesstaaten nach den von der Deutschen Civilprozesskommission zu Hannover bei der zweiten u. letzten Lesung gefassten Beschlüssen. Hannover 1866.

Entwurf einer Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den preussischen Staat. Berlin, 1864.

Motive zu dem Entwurfe einer Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den preussischen Staat.

Entwurf einer Civilprozessordnung für den Norddeutschen Bund. Berlin, 1870.

Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung einer Civilprozessordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes.

Die Preussische Verordnung über das Rechtsmittel der Revision und der Nichtigkeitsbeschwerde vom 14. Dezember 1833.

Die Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern, 1869.

1. Abschnitt.

§ 1.

Geschichtliche Entwickelung des § 295 CPO.

Das römische Recht zählt eine Reihe von Fällen auf, in welchen die erlassene Sentenz als null und nichtig angesehen wurde. So begründeten Mängel in der Person des Richters oder der Parteien oder der Vertretung der Parteien sowie Verstösse gegen das prozessuale Verfahren die Nichtigkeit des Erkenntnisses. Eine mit solchen Mängeln behaftete Sentenz hatte keinen Anspruch auf materielle Gültigkeit.

Zur Geltendmachung der Nichtigkeit solcher Urteile bedurfte es keines Rechtsmittels. Dies erklärt sich aus der Quasi-Kontrakts-Natur der Sentenz. Wurde aus einer solchen Judikats-Obligation Erfüllung verlangt, so stand ihr die Nichtigkeitseinrede entgegen.[1])

Diese exceptio war ein rein privatrechtliches Schutzmittel gegen nichtige Erkenntnisse. Man konnte aber auch mit einer querela oder einer sonst zulässigen Appellation die Aufhebung der nichtigen Sentenz herbeiführen.[2])

---

[1]) Linde, Lehrbuch des Civilprozesses, § 417. Engelmann, der Civilprozess, II. Heft 3, § 38. Endemann, das deutsche Civilprozessrecht, § 242. Wetzell, System des ordentl. Civilprozesses, § 60. Bethmann-Hollweg, der Civilprozess des gem. Rechts in geschichtlicher Entwickelung, II. § 118. Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutschen Civil-Prozess-Rechts, § 183.

[2]) Linde, a. a. O., § 417; Linde, Handbuch über die Lehre von den Rechtsmitteln, I, § 145.

Ausfluss des römisch-rechtlichen Grundsatzes, dass die Parteien auf jene Rechtsvorschriften, die in ihrem Interesse gegeben sind, verzichten können,[1]) ist die im römischen Zivilprozess zur Anerkennung gelangte Lehre, dass Mängel der der Sentenz vorausgegangenen Prozedur und der Rechtsanwendung in der Sentenz, welche nicht von wesentlicher Bedeutung sind, durch assensus der Parteien gehoben werden konnten. Eine schematische Abgrenzung solcher Mängel, deren Heilung durch Rügeverzicht möglich war, und derjenigen, welche absolute Nichtigkeit nach sich zogen, findet sich allerdings nicht.[2])

Das kanonische Recht und die italienische Jurisprudenz[3]) wiederholten im Wesentlichen die Nichtigkeitsfälle des römischen Rechts. Beide enthalten bezüglich der Nichtigkeit der richterlichen Sentenz und der Nichtigkeit der Prozesshandlungen nichts Neues.

Da die Verfahrensnormen, wie auch das materielle Recht des kanonischen Rechts sich äusserst kompliziert gestalteten, war es unausbleiblich, dass die prozessualen und materiell-rechtlichen Verstösse sich mehrten. Unmöglich vermochte aber alles, was in letzterer Linie als Verstoss gegen das Recht aufgefasst werden konnte, die Nichtigkeit des Erkenntnisses zu begründen. Waren doch eine grosse Anzahl von Verfahrensnormen lediglich im Interesse der Parteien geschaffen! Kraft der Verhandlungsmaxime war daher auch bei der Menge der Verfahrensvorschriften, welche nicht als wesentliche, sondern als

---

[1]) Julian, l. 41 D. de minoribus, 44; Justinian, l. 29 C. de transact. 2, 4; l. 38 D. de pactis, 2, 14; l. 45, § 1 D de R. J. 70, 15; l. 2, § 1 D de just. et iure, 1,1.

[2]) Endemann, a. a. O., § 242. Linde, Lehrbuch des Civil-Prozesses, § 417. Bethmann-Hollweg, Handb. I, § 35, Note 1. Wetzell, a. a. O., § 60, Note 21. L 3 Cod. quom. et quando, 7, 43.

[3]) Zu den folgenden Ausführungen vergleiche Linde, Lehrbuch des Civilprozesses, §§ 417—422. Wetzell, System des ordentlichen Civil-Prozesses, § 45, § 60. Engelmann, der Civilprozess, Geschichte und System, Band II, 3. Heft, § 38, § 58c. Endemann, das deutsche Civilprozessrecht, §§ 242—246.

untergeordnete Normen zu erachten waren, eine Heilung der durch Verletzung derselben bewirkten Nichtigkeit durch ausdrücklichen assensus oder durch konkludente Handlungen der Parteien anzuerkennen. Durch die Scheidung der gesetzlichen Vorschriften in solche, welche wesentliche, und in solche, welche untergeordnete Bedeutung für den Prozess haben, entstand der Begriff der nullitas sanabilis gegenüber der nullitas insanabilis und die Einteilung der Verfahrensmängel in heilbare und in unheilbare.

Für die italienische Doktrin war bezüglich dieser Scheidung insbesondere noch folgendes massgebend: Entschied der princeps einen Rechtsstreit, so war das Urteil rechtsbeständig selbst dann, wenn auch die gewöhnlichen Erfordernisse mangelten. Waren im Verfahren eines geistlichen Gerichts Nichtigkeiten unterlaufen, so konnten sie durch päpstliche Dispensation behoben werden. Ebenso konnten die Parteien schon vor Erlass des Urteils sich verpflichten, das ergehende Erkenntnis wegen eventueller Nichtigkeiten nicht anzufechten. Die Nichtigkeitsbeschwerde wurde sogar zufolge statutarischer Bestimmungen überhaupt ausgeschlossen. Dass aber nicht bei allen Nichtigkeiten eine solche Behandlung zulässig sein konnte, sah man bald ein. Denn den Mangel des beiderseitigen Gehörs z. B. vermochte auch ein päpstliches Reskript nicht zu ersetzen. Ebensowenig konnte ein auf Unmögliches oder Widersprechendes gerichtetes Urteil durch Übereinkunft der Parteien rechtsverbindliche Kraft erhalten. Es gab eben Voraussetzungen, ohne die ein Urteil überhaupt nicht bestehen konnte. Diese Voraussetzungen leiteten die italienischen Juristen aus dem ius naturale ab und stellten in Gegensatz dazu die Voraussetzungen, die eine Disposition der Parteien zuliessen, welche sie als Voraussetzungen aus dem ius civile (sc. positum) entsprungen bezeichneten. Mängel in den Voraussetzungen des Urteils, welche dem ius naturale angehören, konnten nach der italienischen Doktrin weder durch eine Entscheidung des Landesherrn oder des Papstes noch durch Parteivereinbarung oder durch

positive Gesetzesvorschrift behoben werden. Nur bei den Mängeln in den Voraussetzungen, die dem ius civile angehören, liess man eine Heilung zu und unterschied demzufolge zwischen heilbaren und unheilbaren Mängeln.

Eine Abgrenzung der heilbaren und unheilbaren Mängel hat auch die italienische Doktrin nicht aufgestellt, obgleich es naheliegend gewesen wäre, für heilbar alle jene Nichtigkeiten zu erklären, die einen Verzicht auf die Nichtigkeitsbeschwerde zulassen.

Zu den unheilbaren Nichtigkeiten rechnete man insbesondere als Nichtigkeiten contra ius naturale die nullitates ex defectu iurisdictionis, inhabilitatis sc. mandati comparentium, ex defectu processus sive ordinis iudiciarii ac solennitatis.

Die Nichtigkeit konnte auf dem Wege der exceptio oder der replicatio geltend gemacht werden. Daneben bestand noch die Möglichkeit einer Verbindung der Nullitäts- und Appellationsgründe[1]) in ein und demselben Libell. Dies bezeichnete man als incidenter agere de nullitate, daneben bestand aber noch ein principaliter agere de nullitate und zwar dann, wenn die Nichtigkeit selbständig durch eine eigens auf Nichtigkeitserklärung abzielende Klage geltend gemacht wurde.

Gleichzeitig hatte auch der Richter zufolge seiner Amtstätigkeit die Verpflichtung, darüber zu wachen, dass keine Nichtigkeiten ins Verfahren sich einschlichen und eventuelle Nichtigkeiten zu beheben.

Das germanische wie auch das longobardische Recht kannte den Unterschied zwischen sententia nulla und iniqua nicht. Hier galt das Recht der Formalkraft des Urteils. Urteile, die nicht gescholten wurden, waren nicht mehr anfechtbar.

Durch die Einflüsse des römischen und kanonischen Prozessrechts kam auch in die deutsche Prozesslehre der

---

[1]) Man sprach von einer querela iniqua, wenn die fehlerhafte Anwendung eines materiellen Rechtsprinzips verfolgt wurde.

Unterschied zwischen der querela iniqua und der querela nullitatis. Die Unterscheidung findet sich gesetzlich fixiert zuerst in Partikularrechten. Auch dort, wo Reichsrecht galt, war sie schon in Übung, ehe reichsgesetzlich die Frage geregelt wurde.

Bis zum jüngsten Reichstagsabschied waren in Deutschland im allgemeinen die kanonisch-rechtlichen Grundsätze massgebend. Wurde die Nichtigkeitsbeschwerde in Verbindung mit der Appellation geltend gemacht, so war erstere den Appellationsfristen unterworfen. Die Verbindung der Nullitätsquerel mit der Appellation war vorgeschrieben, soferne der Beschwerte von beiden Rechtsmitteln Gebrauch machen wollte. Es sollte dadurch der „Verzug zwiefältiger Rechtfertigung" hintangehalten werden. Wurde appelliert ohne Erhebung der Nichtigkeitsquerel, so konnte letztere nicht mehr angestrengt werden und es wurde so angesehen, als ob auf die Geltendmachung der Nichtigkeitsbeschwerde verzichtet sei.

Für sich allein konnte die Nichtigkeitsbeschwerde bis zum Ablauf der gewöhnlichen Verjährungsfrist erhoben werden.

Der Rechtszustand war aber in dieser Frage ein äusserst unsicherer und hatte den Nachteil, dass häufig unbegründete Nichtigkeitsbeschwerden erhoben wurden, da die Grenzen zwischen Nullität und Iniquität oft schwer zu unterscheiden waren.

Es suchte deshalb die Reichsgesetzgebung Abhilfe zu schaffen durch die Kammergerichtsordnung von 1521, tit. 21, § 1; 1523, tit. 5, §§ 6, 7; 1527, § 23; durch den Reichstagsabschied 1570, § 69. Diese Gesetzgebung kam aber über die Versuche, Klarheit in der komplizierten Frage zu schaffen, nicht hinaus. Dies gelang erst in einigermassen zufriedenstellender Weise dem JRA., welcher in §§ 121, 122 heilbare und unheilbare Nichtigkeiten unterschied und die Frage, wie es mit der heilbaren Nichtigkeit zu halten sei, einer Reform unterwarf. Man wandte auf die sog. heilbare Nichtigkeit die Vorschriften der Appellation an und beliess

es in § 122 des JRA für solche Nullitäten, welche insanabilem defectum aus der Person des Richters oder der Partei oder aus den substantialibus des Prozesses[1]) mit sich führen, „bei der Disposition des gemeinen Rechts". Für die Geltendmachung solcher Mängel bestand die alte 30-jährige Nullitätsquerel weiter, soferne sie nicht in Verbindung mit der Appellation erhoben oder durch Einlegung der Appellation allein verwirkt war.

Die Querel wegen heilbarer Nichtigkeit musste, wenn auch für sich allein erhoben, innerhalb der zehntägigen Interpositionsfrist eingebracht werden und stand der Appellation gleich, so dass seit dem JRA. die Rüge der heilbaren Nichtigkeit nicht mehr von der Rüge der Iniquität (Appellation) unterschieden wird[2]). Die Beschwerde wurde, soweit sie heilbare Nichtigkeiten betrifft, zum ordentlichen Rechtsmittel gleich der Appellation, die Beschwerde wegen unheilbarer Nichtigkeiten zum ausserordentlichen Rechtsmittel.

Es konnte zudem, wie sich erkennen lässt, die Nichtigkeitsbeschwerde nur dann erhoben werden, wenn eine Beschwerung des Querulanten vorliegt, die nicht bloss auf Aufhebung des angefochtenen Urteils, sondern auch auf Erlass eines neuen Urteils abzielt. Es war somit auch eine unheilbare Nichtigkeit wirkungslos und konnte nicht geltend gemacht werden, wenn ein materielles Interesse an der Annullierung des Urteils fehlte.

---

[1]) substantialia prozessus im Sinne des § 122 des J. R. A. bedeuten nicht einzelne Prozessakte, deren Mangel als unheilbar anzusehen ist, sondern das ganze zum prozessualen Verfahren wesentlich Gehörige. Man unterschied weiter substantialia iuris positivi und iuris naturalis. Erstere waren Akte rein formaler Natur und daher ihr Mangel heilbar, letztere wesentliche Akte. Nur bei Verstoss gegen diese Akte war ein insanabilis defectus ex substantialibus processus denkbar; soweit der actus substantialis ex iure naturali selbst wieder einer bestimmten Form unterworfen war, wurde ein eventueller formaler Mangel gleichfalls als heilbar angesehen.

[2]) Es konnte somit auch die Geltendmachung einer heilbaren Nichtigkeit im Wege der exceptio oder der replica geltend gemacht werden.

Eine schematische Abgrenzung der heilbaren Mängel von den unheilbaren wurde auch in der gemeinrechtlichen Prozesslehre nicht versucht, sondern die Scheidung der Praxis nach gegebenen Richtpunkten überlassen.

Da die gemeinrechtliche Doktrin gleichwohl von den römischen Rechtsanschauungen beherrscht ist, so wird, soferne bei sogenannten heilbaren Nichtigkeiten Nichtigkeitsbeschwerde, welche, wie oben schon bemerkt, den Vorschriften der Appellation unterworfen war, nicht erhoben wurde, eine Heilung der Verfahrensmängel, welche vor Erlass der Sentenz unterliefen, auch durch assensus der Parteien oder durch ausdrücklichen oder aus konkludenten Handlungen zu schliessenden Rügeverzicht zu unterstellen sein.

Der römisch-rechtliche Grundsatz, dass durch den assensus der Parteien Verstösse gegen das Verfahren geheilt werden könnten, fand auch in das französische Prozessrecht Eingang. Der französische Gesetzgeber bedrohte die Verletzung der Formvorschriften mit Nichtigkeit, in Verfolgung der Tendenz, dass dadurch die Beachtung der gesetzlichen Bestimmungen am ehesten gesichert würde. Die Nichtigkeit konnte aber „gedeckt", geheilt werden durch stillschweigende Genehmigung der benachteiligten Partei, welche in der vorbehaltlosen Einlassung auf die Hauptsache gefunden wurde. Diese zweifellos von den oben angeführten Grundsätzen beherrschte Rechtsauffassung hat ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden in art. 173 code Napoleon de procédure [1]), welcher besagt: toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure est couverte, si elle n'est proposée avant toute défense ou exception autre que les exceptions d'incompétence.

Das französische Prozessrecht teilt die Verfahrensvorschriften ein in wesentliche und unwesentliche Normen [2]).

---

[1]) art. 173 code de procédure civile beruht seinerseits auf einem der Ordonnanz von 1667 (Tit. V, art. 5.)

[2]) Schlink, Commentar über die französische Civilprozessordnung, Koblenz, 1842, II, 4. Abschnitt, § 268 ff. Garsonnet, traité théorique et pratique de procédure. Tome deuxième § CXCIV ff.

Garsonnet[1]) definiert: on appelle substantielles les formes, qui sont prescrites par une loi d'ordre public, qui confèrent à un officier ministériel le pouvoir d'instrumenter, ou qui sont indispensables pour qu'un acte de procédure puisse remplir sa fonction.

Liegen Verstösse gegen Verfahrensnormen vor, (nullités de forme), so teilen sich diese Verstösse, wie die Verfahrensnormen selbst, in zwei Gruppen: es wird unterschieden zwischen den Verletzungen jener Vorschriften, die im Interesse der Parteien aufgestellt sind, nullités d'ordre privé und den Verletzungen jener Normen, die dem öffentlichen Interesse dienen. (nullités d'ordre public.)[2])

Während Verletzungen von Verfahrensnormen, die im Interesse der Partei aufgestellt sind, nur von der Partei gerügt werden können, der gegenüber die fehlerhafte Prozesshandlung vorgenommen wurde[3]), können Verletzungen solcher Prozessvorschriften, die dem öffentlichen Zwecke dienen, in jedem Prozessstadium von jeder Partei gerügt werden und sind dem Parteiverzichte entzogen. Garsonnet[4]) führt in dieser Richtung aus: les nullités d' ordre public ne se couvrent pas par le silence des parties, elles peuvent être proposées pour la première fois en tout état de cause, soit devant les premiers juges jusqu'à la clôture des débats, soit après le jugement au moyen de la requête civile ou du pourvoi en cassation.

Anders verhält es sich mit den nullités d'ordre privé. Falls dieselben nicht „avant toute défense ou exception autre que les exceptions d'incompétence" geltend gemacht werden, besteht die Vermutung, dass die Parteien auf die Rüge verzichten. (art. 173.)[5])

---

[1]) a. a. O. § CXCVIII, S. 23.

[2]) Garsonnet, a. a. O. § CXCVIII, S. 26 ff,

[3]) Garsonnet, a. a. O. § CXCVIII, S. 26. Schlink, a. a. O. § 274, Ziff. 2, S. 72.

[4]) a. a. O. § CXCVIII, S. 28, u. § CCCLXIX.

[5]) Garsonnet, a. a. O., §§ CXCVIII, S. 28 ff.; § CCCLXVII, § CCCLXVIII, S. 628 ff.; Schlink, a. a. O., § 274.

Art. 173 bezieht sich nur auf exploits und actes de procédure. Prozesshandlungen im Sinne des Art. 173 sind Handlungen der Parteien einschliesslich ihrer Prozessvertreter, ihrer Anwälte und Bevollmächtigten, die Handlungen des Gerichtsvollziehers, überhaupt alle jene Prozesshandlungen, die ohne Teilnahme des Richters zustande kommen[1] [2].

Nach Art. 173 ist die Rüge der Verletzung einer im Interesse der Partei gegebenen Verfahrensnorm vor jeder Verteidigung oder Einrede mit Ausnahme der Einrede der Inkompetenz vorzubringen. Wird die Rüge unterlassen, so gilt der Mangel als geheilt. Hieraus folgt, dass die nullités d'ordre privé nicht von amtswegen berücksichtigt werden, es sei denn, dass es sich um ein Contumazial-Urteil gegen den Beklagten handelt; denn hier hat der Richter ex officio zu prüfen, ob die Ladung ordnungsgemäss erfolgte und die Einlassungsfrist gewahrt ist[3].

Dieser art. 173 code de procédure mit seiner Zulassung der Heilung nichtiger Prozesshandlungen durch stillschweigende Genehmigung und der Annahme eines Rügeverzichts wurde nun für die späteren Prozessordnungen vorbildlich.

Die preussische Verordnung über das Rechtsmittel der Revision und der Nichtigkeitsbeschwerde vom 14. XII. 1833 nimmt in § 6 der Verordnung[4] den in art. 173 cod. de

[1] Schlink, a. a. O., § 268, S. 259.

[2] § 295 CPO. erweitert, was schon hier als zweckdienlich bemerkt werden muss, einerseits die Bestimmungen des art. 173, indem er sie nicht nur auf Prozesshandlungen der Parteien, sondern auf alle Prozessakte, soweit sie dem Parteiinteresse dienen, Anwendung finden lässt und mildert andrerseits die Bestimmung, indem er die Rüge solcher Verfahrensmängel nicht vor jeder anderen Verteidigung fordert, sondern sie noch bis zum Schlusse der nächsten mündlichen Verhandlung zulässt.

[3] Garsonnet, a. a. O., § CCCLXVIII, S. 628ff.; Schlink, a. a. O., § 275, Ziff. 1.

[4] „Hat eine solche Verletzung stattgefunden, die dadurch benachteiligte Partei aber, obwohl davon unterrichtet, dennoch die Verletzung in der zunächst stattgefundenen Prozessverhandlung nicht gerügt, so soll dies als eine stillschweigende Entsagung angesehen und die Nichtigkeitsbeschwerde nicht weiter zugelassen werden.

proc. aufgestellten Gedanken auf, sieht in der stillschweigenden Entsagung der Rüge Heilung der Nichtigkeit, bildet aber den art. 173 cod. de proc. fort. Während nach art. 173, wie von Kräwel[1]) mit Recht betont, eine Präklusion der Rüge ohne alle Schuld des Benachteiligten eintreten kann, wenn dieser zur Zeit der nächsten mündlichen Verhandlung ohne seine Schuld noch gar keine Kenntnis von der ihm nachteiligen Verletzung der Förmlichkeit hat, bestimmt § 6 zitierter Verordnung, dass die benachteiligte Partei nur dann mit der Rüge präkludiert sein soll, wenn sie, „obwohl davon unterrichtet, dennoch die Verletzung in der zunächst stattgefundenen Verhandlung nicht gerügt hat."

art. 173 lässt sich über den Begriff „acte de procédure" nicht aus und es ist daher nicht ersichtlich, welche Prozesshandlungen eigentlich unter Art. 173 zu zählen sind. Anders die preussische Verordnung von 1833, welche in § 5 die wesentlichen Prozessvorschriften aufführt, bei deren Verletzung Heilung nach § 6 möglich ist[2]).

Die Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern lehnt sich in ihren Artikel 219[3]) an art. 173 cod. de proc. an. Auch hier ist die

---

[1]) Bedenken über das französische Wesen der für Preussen, Bayern und von der Kommission in Hannover ausgearbeiteten Entwürfe einer bürgerlichen Prozessordnung.

[2]) Auch in der CPO. sind die einzelnen Verfahrensvorschriften, welche unter § 295, Abs. 1 fallen, nicht eigens bezeichnet. Es ist vielmehr, wie die Motive besagen, der Wissenschaft überlassen, festzustellen, was als Verfahrensnorm im Sinne des § 295, Abs. 1 anzusehen ist. Darüber, ob es nicht empfehlenswert gewesen wäre, diejenigen Normen, welche lediglich dem Interesse der Partei dienen, ausdrücklich im Gesetze zu erwähnen, lässt sich streiten. M. E. wäre es zur Vermeidung von Kontroversen angezeigt, dass sich das Gesetz hierüber klar ausspricht.

[3]) „Eigene Handlungen darf niemand als nichtig anfechten, ausser soweit die Nichtigkeit auch von amtswegen zu berücksichtigen ist."

Die Gegenpartei kann Nichtigkeiten, welche weder von amtswegen zu berücksichtigen sind, noch Kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung in jeder Lage der Sache eingewendet werden dürfen, nur bei der nächsten eigenen Prozesshandlung oder, wenn keine solche dazwischen liegt, bei der nächsten gerichtlichen Verhandlung geltend machen; doch wird die

Nichtigkeit von Prozesshandlungen entweder bei der nächsten eigenen Prozesshandlung der Partei oder, wenn keine solche dazwischen liegt, bei der nächsten gerichtlichen Verhandlung geltend zu machen, widrigenfalls die benachteiligte Partei mit der Rüge präkludiert ist und Heilung der Nichtigkeit eintritt. Auch hier ist (Art. 219, Abs. 2), wenn auch nicht so bestimmt wie in der preussischen Verordnung, so doch allgemein der Kreis jener Nichtigkeiten, welche durch Nichtrüge heilbar sind, begrenzt, und zwar dadurch, dass ausdrücklich Nichtigkeiten, welche von amtswegen zu berücksichtigen sind oder kraft gesetzlicher Bestimmung in jeder Lage des Rechtsstreits gerügt werden können, dem Parteiverzichte entzogen sind. Darüber, ob die Kenntnis des Nichtigkeitsgrundes Erfordernis für die Präklusion der Rüge ist, enthält Art. 219 keine Bestimmung. Dies erklärt sich wohl aus der all zu engen Anpassung an art. 173 cod. de proc. und muss wie dort als eine ungerechte Beschwerung der benachteiligten Partei erachtet werden.

Der Hannoversche Entwurf [1]) kennt gleichfalls das Prinzip der Heilung von Nichtigkeiten und bestimmt in § 612, dass ein Nichtigkeitsgrund in all den Fällen, wo es möglich ist, die Nichtigkeit durch Genehmigung zu heben, dann nicht geltend gemacht werden kann, wenn die Genehmigung ausdrücklich oder stillschweigend erfolgt ist.

Dieser § 612 des Hannover'schen Entwurfes beeinflusst sodann den § 292 des preussischen Entwurfes.[2])

§ 292 normiert: „Ist eine Prozesshandlung wegen Verletzung einer die Form oder das Verfahren betreffenden Vorschrift nichtig, so muss die Nichtigkeit bei der ersten

---

Geltendmachung der Nichtigkeit durch vorläufige Ablehnung des Gerichtsstandes oder einer Gerichtsperson und durch das Vorbringen einer der in Art. 185 erwähnten Einreden nicht ausgeschlossen.

[1]) Entwurf einer allgemeinen CPO. für die deutschen Bundesstaaten nach den von der deutschen Zivilprozess-Kommission zu Hannover bei der zweiten und letzten Lesung gefassten Beschlüssen.

[2]) Entwurf einer Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den preussischen Staat.

mündlichen Verhandlung geltend gemacht werden, in welcher auf die Prozesshandlung Bezug genommen wird, widrigenfalls die Nichtigkeit als geheilt anzusehen ist.

Auf gerichtliche Prozesshandlungen kommt die vorstehende Bestimmung nicht zur Anwendung, wenn die verletzte Vorschrift im öffentlichen Interesse sich gründet und deshalb ein Verzicht auf ihre Befolgung unzulässig ist. Die Bestimmung gilt auch nicht gegen die Partei, welche bei der mündlichen Verhandlung nicht erschienen ist."

Nach den Motiven zum preussischen Entwurf ist es nicht zulässig, dass die Parteien die Geltendmachung eines Nichtigkeitsgrundes wegen unterlassener Beobachtung einer formellen Vorschrift sich bis zu dem ihnen gelegenen Zeitpunkt aufsparen, inzwischen aber weiterprozedieren. Es soll daher nach § 292 dann, wenn die Partei in der mündlichen Verhandlung erscheint, aber nicht rügt, der Rügeverzicht präsumiert werden, es sei denn, dass die verletzte Vorschrift, wie z. B. die Öffentlichkeit der Verhandlungen, sich im öffentlichen Interesse gründet.

§ 292 des preussischen Entwurfes bedeutet nun insofern einen Rückschritt gegen § 6 der preussischen Verordnung, als § 292 eine Partei auch dann präkludiert, wenn sie in schuldloser Unkenntnis der Nichtigkeit zur Sache verhandelt, denn die Kenntnis des Mangels ist in § 292 als Voraussetzung für den Ausschluss der Rüge nicht aufgestellt und das Erfordernis der Bezugnahme auf die Prozesshandlung genügt nicht, weil eine ausdrückliche Bezugnahme selten ist und sich aus einer Bezugnahme auf die Prozesshandlung nicht mit Notwendigkeit ergeben muss, dass der Partei ein etwaiger Mangel derselben bekannt ist. Auch eine stillschweigende Genehmigung kann in der Bezugnahme auf die Prozesshandlung nicht erblickt werden, da der Genehmigungswille Kenntnis der zu heilenden Nichtigkeit voraussetzt.

Welche Prozesshandlungen unter § 292, Abs. 1 fallen ist in § 292 nicht aufgenommen und auch eine Definition

des Begriffes Prozesshandlung im Sinn des zitierten Paragraphen nicht gegeben. Die in § 292, Abs. 2 fixierte Umschreibung der verzichtbaren und unverzichtbaren Prozesshandlungen kann als glücklich nicht erachtet werden, denn die Bestimmung, dass § 292, Abs. 1 keine Anwendung findet, soweit die verletzte Vorschrift im öffentlichen Interesse sich gründet, trägt zu der Feststellung der dem publizistischen Interessen dienenden Prozessnormen wenig bei.

Da den Motiven die Bedeutung einer Gesetzesnorm nicht beigemessen werden kann, hätte der Gesetzgeber sich nicht darauf beschränken sollen, nur dort sich über den Begriff „Prozesshandlungen" zu verbreiten. Prozesshandlungen im Sinne des § 292 sind nach den Motiven:

„a) solche Handlungen, welche von nicht richterlichen Beamten auf Betreiben einer Partei zur Führung des Rechtsstreits vorgenommen werden (Parteiprozesshandlungen); dahin gehören namentlich die Ladungen und andere Zustellungen durch Gerichtsvollzieher;

b) solche Handlungen, welche von dem Gerichte im Laufe des Verfahrens vorgenommen werden, ohne Akte der Rechtsprechung zu sein. (Gerichtliche Prozesshandlungen.) Dahin gehören z. B. die Beweiserhebungen."

Bei der Ausarbeitung des Entwurfes einer CPO. für die Staaten des Norddeutschen Bundes wurde in der Kommission zur Ausarbeitung dieses Entwurfes[1]) seitens des Referenten beantragt, den § 292 des preussischen Entwurfes in den norddeutschen Entwurf herüber zu nehmen. Bei der Verbescheidung dieses Antrages wurde insbesondere der Begriff „Prozesshandlung" erörtert. Die Wahl dieses Ausdrucks missfiel einigen Mitgliedern der Kommission, weil man unter „Prozesshandlungen" sowohl richterliche Anordnungen als auch Handlungen der Partei verstehen könne. Klar war man sich darüber, dass der Inhalt richterlicher

[1]) Prot. der Kommission zur Ausarbeitung einer CPO. für die Staaten des Nordd. Bundes, S. 316 ff.

Verfügungen hier nicht in Frage komme, dass es sich vielmehr nur um die Form der einzelnen Bestandteile des Prozesses handle. Ohne eine Definition des Begriffes „Prozesshandlung“ zu geben, schloss sich die Kommission der in den Motiven zum preussischen Entwurf niedergelegten Auffassung an und war der Anschauung, dass es der Redaktion zu überlassen sei, einen entsprechenden Ausdruck zu finden, welcher die angeregten Zweifel beseitigen werde; im übrigen aber sei die richtige Interpretation dieses Ausdrucks der Wissenschaft zu überlassen.

Hinsichtlich der Voraussetzungen für die Präklusion wurde betont, dass das schon in der preussischen Verordnung von 1833 aufgestellte Erfordernis der Kenntnis der benachteiligten Partei von der Nichtigkeit der Prozesshandlung unerlässlich sei und es wurde auch die Frage angeregt, ob nicht die nächste Prozesschrift der nächsten mündlichen Verhandlung in der vorliegenden Beziehung gleich zu stellen sei. Weiter wurde geltend gemacht, dass dann, wenn man die Kenntnis des Nichtigkeitsgrundes als Voraussetzung für die Präklusion annehme, der Kenntnis das unentschuldbare Nichtkennen des Nichtigkeitsgrundes gleich zu achten sei. Dem gegenüber wurde angeführt, dass sowohl die Kenntnis als das Wissenmüssen schon in der Bezugnahme auf die angeblich nichtige Prozesshandlung berücksichtigt sei. Von einer Seite wurde sogar die Auffassung vertreten, es sei hinreichend, wenn nur Gelegenheit bestanden habe, den Nichtigkeitsgrund geltend zu machen ohne Unterschied, ob sich die Verhandlung um die betreffende Prozesshandlung oder um andere Gegenstände bewegt habe. Dieser Anschauung trat jedoch die Mehrheit der Kommissionsmitglieder entgegen, da von einer Deckung der Nichtigkeit nur dann die Rede sein könne, wenn der Inhalt der betreffenden Prozesshandlung selbst Gegenstand der Verhandlung geworden sei, ohne dass die Nichtigkeit geltend gemacht wurde.

Durch Majoritätsbeschluss fand schliesslich die Auf-

nahme des § 292, Abs. 1 des preussischen Entwurfs in den Kommissionsentwurf statt.

Bezüglich des § 292, Abs. 2 des preussischen Entwurfs bestand keine Meinungsverschiedenheit darüber, dass es Prozessvorschriften gebe, welche nicht, wie blosse Parteirechte der Verfügung der Parteien unterlägen, man hielt jedoch die Kennzeichnung jener Vorschriften als solche, welche im öffentlichen Interesse sich gründen, für dunkel und wertlos. Man sah eine bessere Umgrenzung der nicht unter § 292, Abs. 1 fallenden Vorschriften darin, wenn erklärt werde, dass Abs. 1 dann nicht zur Anwendung zu kommen habe, wenn ein Verzicht auf die Befolgung der Vorschrift unzulässig sei. Es wurde jedoch die Streichung von Abs. 2, S. 1 des § 292 abgelehnt und befürwortet, es möge die Redaktion dem Gegensatz deutlicheren Ausdruck dadurch verleihen, dass das schwankende Merkmal eines öffentlichen Interesses ausgeschieden werde. Ebenso solle das Wort „gerichtliche" (sc. Prozesshandlungen) als überflüssig aus dem Texte gestrichen werden, da es selbstverständlich wäre, dass Prozessakte eines Gerichtsvollziehers, auf deren Befolgung jederzeit verzichtet werden könne, nicht zu den richterlichen Prozesshandlungen zu rechnen seien. Bezüglich des § 292, Abs. 2, Satz 2 war man sich klar, dass § 292, Abs. 1 keine Anwendung finden könne gegen die Partei, welche bei der mündlichen Verhandlung nicht erschienen sei, nur hielt man es für angezeigt, bei der Redaktion der Gesetzesnorm den Satz 2 des 2. Absatzes des § 292 bereits im ersten Absatz zu berücksichtigen. Der § 292 des preussischen Entwurfs (§ 314, dann § 340 des Entwurfs einer CPO für den nordd. Bund) erhielt dann nach einigen redaktionellen Veränderungen[1]) folgende Fassung: § 340. „Die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozesshandlung betreffenden Vorschrift kann nicht mehr gerügt werden, wenn die Partei auf die Befolgung der Vorschrift verzichtet oder wenn sie

[1]) NDP. 1653, 1577 ff., 2354, 2465.

den Mangel, obschon dieser ihr bekannt war oder bekannt sein musste, nicht bei der nächsten mündlichen Verhandlung gerügt hat, welche auf Grund des betreffenden Verfahrens stattfand, oder in welcher auf dasselbe Bezug genommen ist.

Die vorstehende Bestimmung kommt nicht zur Anwendung, wenn Vorschriften verletzt sind, auf deren Befolgung eine Partei wirksam nicht verzichten kann."

§ 340 des norddeutschen Entwurfes wurde dann in Entwürfe einer deutschen CPO[1]) übernommen und in § 267 der CPO für das deutsche Reich in folgender Fassung Gesetz: „Die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozesshandlung betreffenden Vorschrift kann nicht mehr gerügt werden, wenn die Partei auf die Befolgung der Vorschrift verzichtet, oder wenn sie bei der nächsten mündlichen Verhandlung, welche auf Grund des betreffenden Verfahrens stattgefunden hat oder in welcher auf dasselbe Bezug genommen ist, den Mangel nicht gerügt hat, obgleich sie erschienen und ihr der Mangel bekannt war oder bekannt sein musste.

Die vorstehende Bestimmung kommt nicht zur Anwendung, wenn Vorschriften verletzt sind, auf deren Befolgung eine Partei wirksam nicht verzichten kann."

In der unter dem 20. Mai 1898, (R. G. Bl. 8 S. 410 ff) bekannt gegebenen neuen Fassung der CPO vom 30. Februar 1877 blieb der Inhalt des § 267 unverändert, § 267 erhielt nur infolge der neuen Paragraphierung die §-Ziffer 295.

---

[1]) E I, § 243; E II, § 252; E III, § 257.

2. Abschnitt.

§ 2.

Allgemeine Ausführungen zu § 295.

Das Zivilprozessrecht gehört, wie alles Prozessrecht, dem öffentlichen Rechte an[1]), es ist ein Ausfluss des staatlichen Hoheitsrechts: ein rechtlich geordnetes, gerichtliches Verfahren, das nichts anderes bezweckt, als die Feststellung des zwischen den streitenden Parteien wirklich bestehenden Rechtszustandes und die Verwirklichung des festgestellten Rechtszustandes.

Wenn auch im Prozesse die staatliche Gerichtsbarkeit zur Ausübung gelangt, so dient doch der Zivilprozess dem Schutze privater Interessen. Es kann daher der Einfluss der Parteien auf die Gestaltung des Verfahrens nicht ausgeschlossen werden. Für die Frage, inwieweit der Parteidisposition im Zivilprozesse Raum zu gewähren ist, ist die Unterscheidung massgebend, ob eine Verfahrensvorschrift im Interesse der Parteien aufgestellt ist oder ob die Verfahrensnorm dem öffentlichen Interesse dient.

Diejenigen Prozessvorschriften, welche der Parteidisposition entzogen sind und auf deren Beobachtung die Parteien nicht verzichten können, bezeichnet man als absolute, zwingende oder auch als unerlässliche Verfahrensnormen, während man jene Vorschriften, welche nicht zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, nicht zum

[1]) Vgl. hiezu Wach I, S. 114 ff., und Laband II, § 84, während früher das Zivilprozessrecht ganz oder doch zum Teil als dem Privatrecht angehörend betrachtet wurde.

Schutze publizistischer Interessen erlassen sind, sondern dem Interesse der Parteien dienen, dispositive, nachgiebige oder erlässliche Verfahrensnormen nennt.[1] [2])

Eine schematische Abgrenzung der absoluten von den dispositiven Verfahrensnormen ist in unserer CPO nicht versucht. Die Feststellung, welche Vorschriften als absolut zwingend und welche als nachgiebig oder verzichtbar zu erachten sind, bleibt vielmehr nach den Motiven zur CPO der Wissenschaft überlassen. Jedoch wird man als Regel mit Rücksicht auf die im modernen Prozess geltende Verhandlungsmaxime und auf die Dispositionsgewalt der Parteien die Verzichtbarkeit annehmen dürfen.[3])

Zwingend oder unverzichtbar ist eine Regel

1. wenn die Vorschrift eigens als solche bestimmt ist, sei es
   a) durch ausdrückliche Ausschliessung der Partei-Disposition (z. B. §§ 40, 224, Abs. 1, 617 CPO.)
   b) durch Anordnung der Prüfung von amtswegen, z. B. §§ 56, 341, 535, 566, 574, 589 CPO.
2. wenn nach dem Zwecke einer Vorschrift diese nicht lediglich das Partei-Interesse schützt, sondern dem öffentlichen Interesse dient, wie z. B. die Vorschriften über Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Verhandlung, über die Zulässigkeit des Rechtsweges, über den Anwaltszwang usw.

Die Unterscheidung zwischen zwingenden (absoluten) und nachgiebigen (dispositiven) Verfahrensvorschriften hat um deswillen weittragende Bedeutung, weil bei Verletzung dispositiver Verfahrensnormen eine Heilung der Verletzung durch Verzicht oder Unterlassung der rechtzeitigen Rüge eintreten kann, während ein Verzicht auf die Beobachtung

---

[1]) Petersen-Anger, Commentar zur CPO., 1899, I, S. 269; Weismann, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, § 84; Fitting, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, § 46; Bülow, Archiv f. d. zivilist. Praxis, Bd. 64, S. 1 ff.; Heilbut, „Müssen und Sollen", Archiv f. d. zivilist. Praxis, Bd. 69, S. 333 ff.; die Kommentare in ihren Ausführungen zu § 295.

[2]) Vgl. Hellwig, System 1912, I. Teil, § 173, V.

[3]) Fitting, § 46, III, der in dieser Richtung insbesondere auf den Wortlaut des § 295 und § 274 CPO. verweist.

absoluter Vorschriften nicht möglich, bezw. rechtsunwirksam ist.

Dieses Recht der durch die Verletzung einer dispositiven Verfahrensnorm beschwerten Partei, die Heilung einer solchen verletzten Vorschrift durch Verzicht oder Nichtrüge herbeizuführen, hat seinen gesetzlichen Niederschlag gefunden im § 295, Abs. 1. CPO.

Ein heilbarer Mangel kann nach dieser Vorschrift, wie schon oben angedeutet, auf zweierlei Weise geheilt werden:

1. durch den Verzicht der Partei, welcher gegenüber die fehlerhafte Prozesshandlung vorgenommen wurde, auf die Rüge des Mangels. Der Verzicht kann in der mündlichen Verhandlung erklärt oder auch schriftlich niedergelegt werden. Dieser Verzicht enthält immer eine Genehmigung der mangelhaften Prozesshandlung.

2. Durch Versäumung der Rüge. Die Rüge gilt als versäumt, wenn sie in der nächsten mündlichen Verhandlung, welche auf dem mangelhaften Prozessakte beruht oder in der auf ihn Bezug genommen ist, von der erschienenen Partei vorsätzlicherweise oder zufolge fahrlässiger Unkenntnis nicht erhoben wird.

Ist die Rüge, sei es durch Partei-Verzicht oder sei es durch Säumnis, ausgeschlossen, so kann sie nicht mehr nachgeholt werden, selbst dann nicht, wenn die Nachholung der Rüge im Einverständnis der Parteien erfolgen würde, wohl aber kann die erhobene Rüge jederzeit zurückgenommen werden. Ausfluss dieser Rechtsfolge sind auch die Bestimmungen in §§ 530, 558 CPO, wonach in der Rechtsmittelinstanz der einmal nach § 295, Abs. 1 CPO geheilte Mangel nicht mehr geltend gemacht werden kann. Es hat also § 295 auch mittelbar die weitere Wirkung, dass durch ihn die Anfechtbarkeit des Urteils beschränkt wird. [1])

[1]) Gaupp-Stein, zu § 539, I, B. II; zu § 558; Seuffert, zu § 539 Note 1, zu § 558; Struckmann-Koch, zu § 539, Abs. 2, Note 2; zu § 558; Hellwig, System 1912, I. Teil, § 173, V; § 239, III, Anm. 20.

Ist der Mangel geheilt und die Rüge ausgeschlossen, so wird die fehlerhafte Prozesshandlung als von Anfang an giltig angesehen.

Im Gegensatz zu den dispositiven Verfahrensnormen kann ein Verstoss gegen absolutes Prozessrecht von jeder Partei während des ganzen Prozesstadiums bis zur Rechtskraft des Urteils geltend gemacht werden.

§ 295, Abs. 1 bezieht sich nun einmal auf Prozesshandlungen der Parteien und der übrigen Beteiligten (Nebenintervenient, benannter Urheber, §§ 76, 77 CPO, Staatsanwalt in den Fällen der §§ 607, 640, Abs. 1, 641 Abs. 1 CPO), ferner der Parteivertreter, weiter auf die prozessleitende Tätigkeit des Gerichts und die Tätigkeit aller sonstigen bei dem Gange des Prozesses mitwirkenden Amtspersonen (Gerichtsschreiber, Gerichtsvollzieher, Postbote, Gerichtsdiener.)[1])

§ 295 gilt auch für gerichtliche Entscheidungen, soweit bei denselben Verstösse gegen die Vorschriften über das Verfahren (errores in procedendo) vorkommen und es sich dabei nicht um absolute Rechtsnormen handelt.[2])

Dies ist im Gegensatz zu den Mot. z. Preuss. E. § 292, S. 61 anzunehmen. Dortselbst wird zwischen gerichtlichen Handlungen, die Akte der Rechtsprechung sind, und anderen Akten, wie z. B. die Beweiserhebung unterschieden und es soll § 292, welcher dem § 295 CPO entspricht, nur für diejenigen gerichtlichen Akte Platz greifen, welche nicht in Akten der Rechtsprechung bestehen. Auch die Norddeutsche Kommission machte sich diese Auffassung der Mot. z. Pr. E. § 292, zu eigen, indem sie zustimmend darauf verwies.[3])

Mit Recht aber wird diese Ansicht als in einem zu engen Sinne genommen sowohl in der Litteratur als in der

---

[1]) Mot. z. Pr. E. einer CPO von 1864, 61; R. G. 3, 368; Nessel, in Gruch. Beitr. 30, S. 94.

[2]) R. G. 3, 368.

[3]) N. P. S. 316 ff., 1577 ff., 1653, 2354.

Rechtsprechung[1]) abgelehnt und die Anwendung des § 295 betont auch bei gerichtlichen Entscheidungen, soweit Verstösse gegen die bei der Fällung der Entscheidung zu beachtenden Verfahrensvorschriften unterlaufen.

Unter § 295 CPO sind auch die Formvorschriften bezüglich einer Prozesshandlung als Unterart, („insbesondere") der Verfahrensvorschrift[2]) und die Normen über die Voraussetzungen[3]) oder die Reihenfolge der Prozesshandlungen der Parteien oder des Gerichts, soweit sie nicht den Inhalt derselben betreffen, zu subsumieren.[4])

Wie schon oben erwähnt wird durch die Vorschrift des § 295 CPO die Anfechtbarkeit des Urteils beschränkt. Soweit also in der 1. und 2. Instanz Heilung eines Verfahrensmangels eingetreten ist, kann durch ein Rechtsmittel die Rüge nicht mehr geltend gemacht werden. § 554, Abs. 3, Ziff. 2b CPO. bestimmt nun hinsichtlich der Revision, dass bei der Revisionsbegründung, soferne das „Gesetz in Bezug auf das Verfahren" verletzt ist, die Bezeichnung der Tatsachen anzugeben ist, welche den Mangel ergeben. Da aber Verfahrensmängel im Sinne des § 554, Abs. 3, Ziff. 2b nicht nur dann vorliegen, wenn wesentliche, aber dispositive Prozessnormen verletzt sind, bezüglich deren eine Heilung im Vorverfahren gemäss § 295, 1 noch nicht eingetreten ist, sondern § 554, Abs. 3, Ziff. 2b sich auch auf jene Verfahrensnormen bezieht, auf deren Be-

---

[1]) Goldenring, ZZP, 9, 94; Wach, Vorträge, S, 258 ff; Erythropel, ZZP, 3, 112 ff; R. G. 3, 365; S. A. 47, Nr. 165; Gruch. 30, 1130; J. W. 1888, 97; Wilm.-Levy, zu § 267 ä. f., Anm. 1; Petersen, zu § 295, Nr. 1; Struckmann-Koch, zu § 295, Nr. 2; Gaupp-Stein, zu § 295, II. Anderer Ansicht: Fitting, ZZP, 11, S. 7 Nr. 5.

[2]) Wach, Vortr., S. 259, Anm.*

[3]) Aber nur insoweit, als es sich um Voraussetzungen einer Prozesshandlung, nicht aber um Voraussetzungen des Verfahrens als Ganzes handelt. § 274 CPO.

[4]) Wach, Vortr., S. 259, Anm.*; Seuffert, zu § 295, Note 1 u. 3; Gaupp-Stein. zu § 295, II, Nr. 1. Anderer Ansicht: Fitting, ZZP. 11, S. 2 ff, welcher § 267 ä. f. nur auf Verfahrensmängel im Gegensatz zu materiellen oder Voraussetzungsmängeln Anwendung finden lässt.

folgung eine Partei rechtswirksam nicht verzichten kann und welche in der Litteratur als absolute Verfahrensvorschriften bezeichnet sind, so ist der Begriff des Prozessgesetzes im Sinne des § 295 und im Sinne des § 554, Abs. 3, Z. 2 b kein einheitlicher, da letzterer Paragraph sich sowohl auf das dispositive als auch auf das absolute Prozessrecht bezieht.

Zu den Vorschriften im Sinne des § 554, Abs. 3, Ziff. 2 b CPO. zählen somit auch die Normen über die ordnungsmässige Besetzung des Gerichts (G. V. G. §§ 22, 77, 124, 139, 140, 194), über die Befähigung zum Richteramt (G. V. G. §§ 2—5, 113), über die Ausschliessung vom Richteramt (CPO. § 41), ferner die Vorschriften über die Zulässigkeit des Rechtsweges, über die Zuständigkeit der Gerichte, soweit eine ausschliessliche Zuständigkeit gegeben ist (CPO. § 40), über die Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Verhandlung (CPO. § 128); weiter gehören hieher die Normen über die Öffentlichkeit des Verfahrens (G. V. G. §§ 170 ff.), über Partei- und Prozessfähigkeit (§§ 50 ff. CPO.), über die Legitimation gesetzlicher Vertreter (§ 56 CPO.), über die Vertretung im Anwaltsprozess (§ 78 CPO.), über die Vollmacht im Parteiprozess (§ 88 CPO.), insbesondere die Vorschriften über die Stellung der Anträge nach § 297 CPO., über die Zulässigkeit der Widerklage (CPO. § 33), der Streitgenossenschaft (CPO. §§ 59 ff.), der Neben - Intervention (§ 66 CPO.), der Klagenverbindung (CPO. § 260), der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (CPO. §§ 233 ff.). Unverzichtbar sind auch die Verfahrensnormen über Zulässigkeit, Form und Frist des Einspruchs, der Berufung, der Revision, der Beschwerde, sowie der Restitutions- uud Nichtigkeitsklage, über die Berichtigung und Ergänzung des Urteils nach §§ 319 ff. CPO, über die Zustellung der anzufechtenden Urteile (§ 317 CPO.), über die Rückverweisung einer Sache in die 1. Instanz (§§ 538 ff. CPO.), sowie die Vorschriften im Urkunden- und Wechselprozess über die Zulässigkeit dieser Prozessart (CPO. § 192) usw.

Verfahrensnormen im Sinne des § 554, Abs. 3, Ziff. 2b sind schliesslich auch die im Urteilsverfahren für den Erlass und die Abfassung des Urteils massgebenden Vorschriften, wie die Normen hinsichtlich der Verkündung, der Abfassung des Urteils, des Tatbestandes und der Begründung. Endlich liegt eine Gesetzes-Verletzung in Bezug auf das Verfahren auch dann vor, wenn die Voraussetzungen des prozessualen Vorgehens, wie die Vorentscheidung einer Behörde für die Zulässigkeit des Rechtsweges, der Entmündigung für die Prozessfähigkeit, der Tod oder der Konkurs einer Partei für die Unterbrechung unrichtig beurteilt sind.[1])

Unter Beachtung der im Vorstehenden ausgeführten allgemeinen Gesichtspunkte soll nun im folgenden eine Zusammenstellung derjenigen Normen der CPO. versucht werden, welche als eine das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozesshandlung betreffende Vorschrift im Sinne des § 295, Abs. 1 anzusehen sind.

---

[1]) Gaupp-Stein, 8., 9. u. 10. Aufl. zu §§ 295, 554; Seuffert, zu §§ 295, 554; Struckmann-Koch, zu §§ 295; 554; Skon.-Gelpcke, zu § 295. J. W. 1906, S. 359; R G. 2, 407; 4, 432; J. W. 1899, S. 744; 1900, S. 412; Jess, Recht, 9, 456; Jess, Recht, 11, 4. Erythropel, J. W. 1908, S. 183.

3. Abschnitt.

§ 3.

Die einzelnen Verfahrensnormen im Sinne des § 295[1] CPO.

Zu § 33 CPO.

Für die Frage, ob § 33 CPO., der von der Widerklage handelt, zu den Verfahrensnormen im Sinne des § 295 CPO. zu zählen ist, dürfte die Vorfrage von Bedeutung sein, ob der § 33 nur den Gerichtsstand der Widerklage oder neben dem Gerichtsstand auch die Zulässigkeit der Widerklage regeln will und ob der in § 33 geforderte Zusammenhang der Widerklage mit der Klage nur Voraussetzung für den Gerichtsstand, nicht auch für die Zulässigkeit der Widerklage ist.

Der § 33 bestimmt, dass die Widerklage bei dem Gerichte der Klage dann erhoben werden kann, wenn das Klage-Begehren der Widerklage mit dem der Klage oder mit den gegen dasselbe vorgebrachten Verteidigungsmitteln in Zusammenhang steht. Für die Annahme, dass der „Zusammenhang" nur eine Voraussetzung für den Gerichtsstand der Widerklage, nicht auch für ihre Zulässigkeit[1]) ist, spricht der Wortlaut und die Stellung des § 33 unter die Lehre von dem Gerichtsstand sowie auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift.[2]) Die Motive zu § 33

[1]) Vergl. R. G. Bd. 16, S. 118; Bd. 46, S. 422: Seuffert's Archiv 40 Nr. 50; Löning die Widerklage, in Busch's Zeitschrift f. d. Civ.-Prozess 4, S. 57 ff. Anderer Meinung: R. G., Bd. 11, S. 423; 23, S. 397; Seufert's Archiv 37, Nr. 337; Wach I, S. 281 früh. Aufl.

[2]) Vergl. dazu Heinsheimer, ZZP 38, S. 7 ff; Nd. E. §§ 65, 207 ff; Mot. 62 ff.

handeln zwar nicht bloss von der Zuständigkeit, sondern auch von der Zulässigkeit der Widerklage, allein aus Abs. 2 des § 33, der nur von der Zuständigkeit als solcher spricht[1]), und aus der von Gaupp-Stein[2]) vertretenen Auffassung, dass § 33, um die Frage der Zulässigkeit zu regeln, ein „Nur" enthalten müsste, welches in der Gesetzesnorm nicht stehe und auch nicht willkürlich hineingetragen werden dürfe, folgt, dass der Wortlaut des § 33, Abs. 1 nur als eine Beschränkung auf den Gerichtsstand ausgelegt werden darf.[3]) Hieraus ergibt sich, dass eine nicht konnexe Widerklage statthaft ist, wenn nur das Gericht der Klage für die Widerklage als Klage gemäss §§ 13—32, 34 zuständig ist, bezw. nach § 38 ff. durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung zuständig geworden ist.[4]) Es kann daher die Frage, ob das Erfordernis des Zusammenhangs dem Parteiverzicht gemäss § 295 unterliegt, nur dann gestellt werden, wenn man die Anschauung vertritt, dass § 33 nicht ausschliesslich vom Gerichtsstand, sondern auch von der Zulässigkeit der Widerklage handelt und der rechtliche Zusammenhang nicht nur Voraussetzung für den Gerichtsstand, sondern auch für die Zulässigkeit der Widerklage ist. Die herrschende Auffassung[5]) macht sich diese Ansicht zu eigen und geht dahin, dass der Mangel des Zusammenhangs durch Parteiverzicht oder durch vorbehaltlose Einlassung auf die Widerklage nach § 295 geheilt

---

[1]) R. G. Bd. 46, 426; 51, 322 a. E.

[2]) Zu § 33, II, Abs. 2; anderer Ansicht Heinsheimer, ZZP S. 4.

[3]) Vergl. dazu Struckmann-Koch, N. 2; Petersen N. 32; Wach, Handbuch, I, S. 479. Anderer Meinung: Seuffert zu § 33, Z. 2e, Abs. 3, nach welchem der Zusammenhang nicht bloss Erfordernis für den Gerichtsstand, sondern auch für die Zulässigkeit der Widerklage ist. Vergl. dazu auch Skon.-Gelpke N. 5, Abs. 3. Kohler, Ges. Beitr. S. 76, N. 5 Heinsheimer a. a. O., S. 15 ff., Seuff. Arch. 45 Nr. 45; R. G. 46, S. 424.

[4]) Gaupp-Stein zu § 33, II, Abs. 3.

[5]) Gruch. 48, 386; Seuff. Arch. 40 Nr. 50; 45 Nr. 45; 62 Nr. 24 J. W. 06, S. 561 Nr. 15; Kohler, Ges. Beitr. S. 76, N. 5; Hellwig, Bd. 3, 57; Heinsheimer a. a. O, Seuffert zu § 33 N 2e, Abs. 3; vergl, auch Fussnote 3 oben.

werden kann. Es dürfte jedoch der Rechtsauffassung Gaupp-Steins[1]) beizutreten sein, dass § 33 lediglich die Frage der Zuständigkeit normiert und daher nur die Frage nach der Möglichkeit einer stillschweigenden Prorogation der Zuständigkeit aufgeworfen werden kann. Dies ergibt sich aus Abs. 2 des § 33, wonach auch bei fehlendem Zusammenhang die Zuständigkeit durch vorbehaltlose Verhandlung zur Hauptsache der Widerklage begründet werden hann, es sei denn dass Prorogation ausgeschlossen ist. Im diesem Falle muss allerdings, da aus dem Zusammenhang für sich allein eine Zuständigkeit für die Widerklage nicht begründet werden kann, die Widerklage trotz des Zusammenhangs von Amtswegen ob mangelnder Zuständigkeit abgewiesen werden.

Zu §§ 59, 60 CPO.

Die Streitgenossenschaft (litis consortium, subjektive Klagenhäufung), bedeutet eine Mehrheit von Prozessrechtsverhältnissen, welche in einem Verfahren verbunden werden.[2]) Es ist daher bei der Streitgenossenschaft zu unterscheiden[3]) zwischen den Voraussetzungen für die Verbindung §§ 59, 60, 239 usw. und zwischen den Prozessvoraussetzungen eines jeden Prozesses (Zulässigkeit des Rechtswegs, Zuständigkeit, Parteifähigkeit usw.).

Mangelt es an den Voraussetzungen für die Verbindung, so ergibt sich die Frage, welche Entscheidung das Gericht zu treffen hat. In einem solchen Falle hat zwar das Gericht die Klage wegen Unzulässigkeit der Verbindung nicht abzuweisen, sondern nur die Trennung der verbundenen Klagen zu beschliessen.[4]) Ob diese Trennung der verbundenen Klagen von amtswegen zu erfolgen hat oder

---

[1]) Zu § 33, V, N. 4, ferner die Fussnote 3 auf Seite 33 der Abhdlg.

[2]) Gaupp-Stein vor § 59, III, Seuffert zu §§ 59, 60.

[3]) Ebenso wie bei Widerklage § 33 u. bei der obj. Klagenhäufung § 260.

[4]) Gaupp-Stein vor § 59, III; Hellwig III, S. 91; Weismann I, 483; Rspr. 19, 62. Andrer Meinung: Skon.-Gelpcke N. 1 vor § 59, der beim Mangel der Voraussetzungen der §§ 59, 60 oder bei mangelnder Gleichheit der Prozessart die Klage als in der gewählten Streitgenossenschaft unstatthaft abweist.

nur auf Rüge des Prozessgegners, hängt davon ab, ob es an der gleichen Prozessart fehlt oder am Zusammenhang und an der Gleichartigkeit der Ansprüche, also an den Voraussetzungen der §§ 59 und 60. Im ersteren Falle hat das Gericht die Trennung der Klage von amtswegen anzuordnen,[1]) im letzteren Fall untersteht die Frage der Zulässigkeit der Streitgenossenschaft nicht der Offizialprüfung des Gerichts, sondern ist nur auf Rüge der Partei zu beachten, da mit Zustimmung des Prozessgegners (sei es durch Rügeverzicht oder durch Nichtrüge) die Verbindung zuzulassen ist.[2]) Die Vorschrift des § 59, 60 enthält also wesentliches, aber dispositives Prozessrecht, ist Verfahrensnorm und fällt somit unter die Bestimmung des § 295, Abs. 1 CPO.

Zu §§ 70, 71 CPO.

Der Beitritt des Nebenintervenienten erfolgt gemäss der Vorschrift des § 70 CPO. durch Zustellung eines Schriftsatzes. Der Schriftsatz muss, der Vorschrift des § 70 entsprechend, enthalten:

1. Die Bezeichnung der Parteien des Rechtsstreits;
2. die bestimmte Angabe des Interesses, welches der Nebenintervenient hat;
3. die Erklärung des Beitritts.

(§ 70, Abs. 1.)

Die Zustellung des Schriftsatzes hat an beide Parteien zu erfolgen.[3]) Neben den Vorschriften des § 70, Abs. 1 finden bezüglich des Interventionsschriftsatzes die allgemeinen Vorschriften über die vorbereitenden Schriftsätze Anwendung §§ 130—133 CPO. (§§ 70, Abs. 2 CPO.)

Die in § 70, Abs. 1 gebrauchte Indikativform „erfolgt“

[1]) Anderer Meinung: Seuffert zu §§ 59, 60, N. 3., welcher in diesem Falle die Klage von amtswegen durch absolutio ab instantia abweist.

[2]) Wetzell, System, (3), § 69, N. 30; A. C. H. Schmid. Handbuch II, S. 22; Glück, Pandekten, Comm., 4, S. 17, litt. d., wonach schon nach dem Pandektenrecht subj. Klagenhäufung auch dann zulässig war, wenn es an der Voraussetzung der Connexität fehlte, „soferne nicht die exceptio ineptae cumulationis opponieret wurde.“

[3]) R. G. 15, S. 397; 42, S. 403; Seuff. Arch. 41, N. 59.

hat hier wie in den §§ 253, Abs. 1; 340, Abs. 1; 518, Abs. 1; 553, Abs. 1; 71, Abs. 3; 73; 236; 250 die Bedeutung einer Mussvorschrift.[1]) Die Erfordernisse des § 70, Ziff. 1—3 sind daher essentiell, aber sie stellen dispositives Prozessrecht dar.[2]) Es können daher die Parteien auf die Beobachtung der Formvorschriften des § 70 über die Neben-Intervention verzichten,[3]) eine Offizialprüfung des Gerichts findet nicht statt und es kann das Gericht eine Nebenintervention nicht wegen Verletzung des § 70 zurückweisen, ohne dass Rüge des Verstosses seitens einer Partei stattfindet. Dies selbst dann nicht, wenn aus materiellrechtlichen Gründen die Befugnis zu intervenieren bestritten wird.[4]) Auch im Falle einer erhobenen Rüge untersteht der Prüfung und der Entscheidung des Gerichts nur der gerügte Mangel. Wird z. B. der Antrag auf Zurückweisung der Intervention mit dem Fehlen des rechtlichen Interesses begründet, so kann die Nebenintervention nicht wegen Formfehlers zurückgewiesen werden, wie auch daran festzuhalten ist, dass bei Rüge eines bestimmten Formfehlers niemals Zurückweisung wegen eines anderen Formfehlers erfolgen darf.[5])

---

[1]) Mot. 86; Prot. 26, 512; J. W. 1897, 285[1]; Sächs. Arch. 8, 559; vergl. auch Gaupp-Stein zu § 70, III; Struckmann-Koch § 70, N. 2; Skon.-Gelpcke, zu § 70, N. 1. Anderer Ansicht Heilbut, civ. Arch. 69, 371—372, 380, welcher die Vorschriften des § 70, Abs. 1 für Vorschriften nur instruktioneller Natur erachtet.

[2]) Seuffert, § 70, Fussnote 2; Wach, Handbuch I, S. 632. R. G. 15, S. 397, 42 S. 403 ff.

[3]) Gaupp-Stein zu § 70, III; zu § 253, IV; Seuffert, zu § 70, Fussnote 2; Skon.-Gelpcke, zu § 71, Abs. 2, Anm. 2; Petersen-Anger, zu § 70, Fussnote 3; Struckmann-Koch, zu § 70, Fussnote 2; R. G. 15, 397; 42, 401 ff.; Sächs. Arch. 8, 559; J. W. 1893, S. 500; 1901, S. 799; Seuff. Arch. 41, Nr. 59; Wach I, 633; Francke, die Nebenparteien der Deutsch. CPO. Anderer Ansicht Heilbut, civ. Arch., 69, 371, 372, 380; Fitting, Z. Z. P. 11, S. 36.

[4]) R. G. 15, S. 397; Gaupp-Stein, zu § 70, III; Seuffert, zu § 70, N. 2; Skon.-Gelpcke, zu § 71, Abs. 2. Anm. 2.

[5]) Skon.-Gelpcke, zu § 71, Abs. 2, Anm. 2.

Die Unzulässigkeit oder Unwirksamkeit der Nebenintervention ist also von amtswegen nur dann zu beachten, wenn sich aus der Beitrittserklärung des angeblichen Nebenintervenienten ergibt, dass der Nebenintervenient selbst Partei ist.[1]) Fehlt es dagegen, wie bereits ausgeführt, an dem Nachweis des rechtlichen Interesses[2]) oder ist ein Schriftsatz überhaupt nicht oder nicht formgerecht zugestellt,[3]) oder fehlen die nach § 70, Abs. 1, Ziff. 1—3 erforderlichen Angaben,[4]) so ist bei Verletzung dieser Vorschriften als Verfahrensvorschriften Heilung gemäss § 295 möglich. Zu beachten ist hiebei, dass jede Partei bei Mängeln der Zustellung, welche an sie erfolgt, das Rügerecht unbedingt hat und unabhängig von einem etwaigen diese Zustellung betreffenden Rügeverzicht der anderen Partei. Bezüglich einer Zustellung an die andere Partei hat deren Prozessgegner das Rügerecht nur solange, als nicht die andere Partei auf die Rüge verzichtet hat.[5])

Zu § 73 CPO.

Die Streitverkündung (litis denuntiatio) erfolgt nach § 73, Abs. 1 CPO. durch Zustellung eines Schriftsatzes, in welchem der Grund der Streitverkündung und die Lage des Rechtsstreits anzugeben ist. Gemäss Abs. 2 des genannten § ist dem Gegner Abschrift des Schriftsatzes mitzuteilen.

Die Vorschriften des § 73 über die Form der Streitverkündung sind essentiell und müssen beobachtet werden, da ihre Einhaltung die Wirksamkeit der Streitverkündung als einer gerichtlichen bedingt. Die Vorschrift des § 73, Abs. 1 stellt sich demnach trotz der gebrauchten Indikativ-

---

[1]) Skon.-Gelpcke, zu § 71, Abs. 2, Anm. 2.

[2]) J. W. 1892, S. 309[2].

[3]) R. G. 15, 396, 397; 42, 401, 403, 404; J. W. 1897, 285[1]; Sächs. Arch. 8, 559.

[4]) J. W. 1901, 799[3]; Francke, die Nebenparteien 77 ff.; Trutter, prozessualische Rechtsgeschäfte 1890, S. 282. Anderer Meinung: Hellmann, Comment. I, 238, welcher bezüglich Einhaltung der Form des Beitritts Offizialprüfung fordert. Cfr. dazu die Ausführung bei Franke, die Nebenparteien, S. 78.

[5]) Skon.-Gelpcke zu § 71, Abs. 2, Anm. 2. R. G. 42, 404.

form als eine Mussvorschrift dar,[1]) die für die prozessualen Wirkungen des § 74 wie auch für die materiellrechtlichen Wirkungen der Streitverkündung (§ 72) von wesentlicher Bedeutung ist.[2])

Der Schriftsatz hat, wie eingangs erwähnt, die Erklärung zu enthalten, dass der Streit verkündet wird; des ferneren die Angabe der Veranlassung zur Streitverkündung, d. h. des Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen der Streitverkünder einen eventuellen Regress-Anspruch gegen den Dritten zu haben glaubt oder eventuelle Ansprüche eines Dritten befürchtet; schliesslich die Mitteilung über die Lage des Rechtsstreites, also die Angabe, dass ein Prozess, durch Bezeichnung der Parteien und des Streitgegenstandes gekennzeichnet, bei dem Gerichte anhängig ist und sich in dem oder dem Prozesstadium befindet.

Dieser Schriftsatz unterliegt im Anwaltsprozess dem Anwalts-Zwang. Im Verfahren vor den Amtsgerichten muss entweder der Streitverkündungsschriftsatz bei Gericht eingereicht oder die Streitverkündungserklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers abgegeben werden. Die Zustellung der Streitverkündungserklärung erfolgt dann von amtswegen, § 496, Abs. 1, 2 und es gelten für die Zustellung die Vorschriften der §§ 166ff.[3])

Ergibt sich nun bei der Streitverkündung ein Mangel hinsichtlich des Inhalts des zugestellten Schriftsatzes oder zeigen sich Mängel des Zustellungsaktes, so sind diese Mängel nicht von amtswegen, sondern nur auf Parteirüge hin zu beachten,[4]) denn § 73, Abs. 1 enthält zwar, wie

[1]) vergl. dazu S. 35 die Ausführungen zu §§ 70, 71, sowie die Fussnote 1 auf S. 36.

[2]) Gaupp-Stein, zu § 73, I; Seuffert, zu § 73, N. 1; Skon.-Gelpcke, zu § 73 N. 1; Seuffert, Blätter f. Rechtsanwendg., Bd. 51, S. 2 ff.; Wach I, 658; R. G. 45, 355.

[3]) Gaupp-Stein, zu § 73, I, 1 u. 2; Seuffert, zu § 73, N. 2. u. 3; Skon.-Gelpcke, zu § 73, N. 2 u. 3.

[4]) Über die Ordnungsmässigkeit einer Streitverkündung kann erst in dem Prozess zwischen dem Litisdenunzianten und dem Dritten entschieden werden, Skon.-Gelpcke, zu § 73, Fussnote 6; Seuffert, zu § 73, Fussnote 4; Gaupp-Stein, zu § 73, I, Z. 2, Abs. 2.

oben bemerkt, wesentliche Verfahrensvorschriften, welche aber der Parteidisposition unterstellt sind, also dispositives Prozessrecht.[1])

Die Mitteilung des Schriftsatzes an den Gegner gemäss § 73, Abs. 2 ist nicht für die Gültigkeit der Streitverkündung als wesentlich zu erachten, und ihre Unterlassung ist auf die Wirksamkeit der Streitverkündung ohne Einfluss, da Mitteilung der Abschrift des Streitverkündungsschriftsatzes an den Gegner lediglich der Vorbereitung desselben auf das etwaige Eintreten des Dritten in den Prozess dient.[2])

Zu § 76 CPO.

Die Urheberbenennung (laudatio, nominatio auctoris) oder nach der Ausdrucksweise des BGB. die Benennung des mittelbaren Besitzers (§ 76 CPO.) setzt voraus die Erhebung der Klage gegen den Besitzer als Besitzer einer beweglichen oder unbeweglichen Sache, also Anstrengung einer Eigentumsklage (§ 985 BGB.) oder der konfessorischen Klage oder einer persönlichen Klage gegen den Besitzer als solchen auf Herausgabe einer Sache;[3]) ferner die Behauptung, der Beklagte besitze auf Grund eines Rechtsverhältnisses im Sinne des § 868 BGB., also „als Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist".[4])

---

[1]) Seuffert, zu § 73, Fussnote 3 u. 4; Gaupp-Stein I, Fussnote 2 und Skon.-Gelpcke zu § 73, Fussnote 6.

[2]) Rspr. 7, 281; Gaupp-Stein zu § 73, II, Skon.-Gelpcke, zu § 73, N. 7.

[3]) Nicht hieher zählen die Klagen aus § 1007, Abs. 1 BGB. und aus § 861 ff. BGB, weil diese Klagen Besitzerwerb im bösen Glauben bezw. eigenmächtige Besitzentziehung oder Besitzstörung voraussetzen, während unter § 76 CPO. wohl die Klage aus § 1007, Abs. 2 zu rechnen ist, da mit dieser Klage die Herausgabe einer gestohlenen, verlorenen oder sonst abhanden gekommenen Sache von jedem Besitzer verlangt werden kann. Gaupp-Stein, zu § 76, II, N. 1; Seuffert, zu § 76, N. 2.

[4]) Eine Urheberbenennung seitens des Beklagten, welcher seinen Besitz auf § 855 BGB., stützt, ist nicht möglich, da ein solcher Besitzer überhaupt nicht passiv legitimiert ist.

Sind diese Voraussetzungen gegeben, so ist der Beklagte zur Urheberbenennung berechtigt. Die Benennung selbst erfolgt durch Streitverkündung an den mittelbaren Besitzer nach § 73 CPO. und durch Ladung des mittelbaren Besitzers zur mündlichen Verhandlung mit der Aufforderung, sich im Verhandlungstermine zu erklären, ob er mittelbarer Besitzer sei und den Prozess an Stelle des Beklagten übernehme.

Die Form der Streitverkündung richtet sich somit nach der Vorschrift des § 73 CPO.; zeigen sich bei der Urheberbenennung Mängel bezüglich der Form der Streitverkündung, so sind diese, da hier auf die Ausführungen oben zu § 73 zu verweisen ist, gemäss § 295 CPO. heilbar.

Bezüglich der nach § 76 CPO. erforderlichen Ladung können sich Mängel ergeben, die sich auf die Ladungsschrift beziehen oder in einem Mangel des Zustellungsaktes bestehen. Da sowohl die Ladungs- wie auch die Zustellungs-Vorschriften als Verfahrensvorschriften zu erachten sind, so können etwaige Mängel der Ladungsschrift oder des Zustellungsaktes nach § 295 CPO. geheilt werden.[1] [2])

Zu § 87 CPO.

Nach § 87, Abs. 1 CPO., welcher von der Kündigung des Vollmachtvertrages handelt, erlangt dem Prozessgegner gegenüber die Kündigung des Vollmachtvertrages erst durch die Anzeige des Erlöschens der Vollmacht, in Anwaltsprozessen erst durch die Anzeige der Bestellung eines anderen Anwalts, rechtliche Wirksamkeit.

Es frägt sich nun, ob für die Anzeige eine bestimmte Form vorgeschrieben ist und ob auf die Einhaltung dieser Form seitens der Parteien verzichtet werden kann, ob also § 87, Abs. 1 CPO. bezüglich der Anzeige dispositives Prozessrecht enthält. Während früher in den Kommentaren

---

[1]) vergl. dazu auch die weiteren Ausführungen unten zu § 166, § 214 CPO.

[2]) Gaupp-Stein, zu § 76, III; Seuffert, zu § 76, Fussnote 3; Gaupp-Stein, zu § 214, V; Seuffert, zu § 214, Fussnote 1 und vor § 214; Skon.-Gelpcke, zu § 214, N. 1, Abs. 3.

die Auffassung vertreten wurde, dass die Anzeige durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolgen müsse und dass bei Nichteinhaltung dieser Formvorschrift ein Mangel nur nach § 295 (267 alt) CPO. geheilt werden könne, da es sich hier um dispositives Verfahrensrecht handle, vertritt die gegenwärtige Doktrin, gestützt auf RG. 18, S. 416 die Anschauung, dass Zustellung eines Schriftsatzes weder vorgeschrieben, noch durch ein praktisches Interesse geboten sei; weil die Anzeige an eine Förmlichkeit nicht geknüpft sei, könne dieselbe sowohl mündlich, als auch durch Zustellung eines Schriftsatzes, oder im Parteiprozess auch durch Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers, ja sogar durch blosse Mitteilung vom Bevollmächtigten oder Vollmachtgeber oder durch Mitteilung von Partei zu Partei erfolgen.[1])

Hieraus erhellt, dass die Anzeige einer bestimmten Form nicht bedarf, dass auch von Einhaltung bestimmter Formvorschriften, bezw. bei Verletzung derselben von einer Heilung des Mangels nach § 295 keine Rede sein kann und § 87 bezüglich der Anzeige nicht unter die Verfahrensvorschriften des § 295, Abs. 1 zu zählen ist.[2])

Zu § 88 CPO.

Der § 88 gibt sowohl im Partei- als im Anwaltsprozess dem Gegner das Recht, in jeder Lage des Verfahrens einen etwaigen Mangel der Vollmacht zu rügen. Im Parteiprozess ist die Rüge nur eine Anregung zu der dem Gericht

[1]) Gaupp-Stein, zu § 87, Fussnote 1; Seuffert, zu § 87 Fussnote 1; Skon.-Gelpcke, zu § 87 N. 2; Struckmann-Koch, zu § 87, N. 1, Abs. 2, Nr. 1. — Zu weit gehend dürfte wohl die in den Sächs. Ann. 26, 363 vertretene Ansicht sein, wonach sogar konkludente Handlungen genügen. Die Anzeige wird aber nicht dadurch ersetzt, dass der Gegner die Kündigung von dritter Seite erfährt. Für die anscheinend gegenteilige Meinung der Mot. 106 lässt sich aus dem Gesetz ein Anhalt nicht finden.

[2]) Für den Anwaltsprozess verlangt Struckmann-Koch die Anzeige der Bestellung eines neuen Anwalts in der Form der Zustellung eines neuen Schriftsatzes im Gegensatz zu R. G. 38, 460; Gaupp-Stein, N. 1 u. Skon.-Gelpcke, N. 3, zu § 87, die auch in diesem Falle eine Form für die Anzeige nicht verlangen.

ex officio obliegenden Prüfung der Vollmacht, im Anwalts-Prozess ist die Rüge Voraussetzung dieser richterlichen Prüfung, § 88, Abs. 2. Ein Mangel der Vollmacht wird nun anzunehmen sein, wenn eine Vollmacht überhaupt nicht erteilt, wenn sie beschränkt, oder wenn die erteilte Vollmacht als Sondervollmacht nach § 83, Abs. 2 nicht auf die konkrete Handlung ausgedehnt ist, sowie dann, wenn die Vollmacht erloschen oder für die erteilte Vollmacht der Nachweis nicht in der durch § 80 vorgeschriebenen Form erbracht ist. Ein Mangel der Vollmacht ist auch dann vorhanden, wenn die nach § 80 formgerecht beigebrachte Vollmacht materiell unwirksam ist, so z. B. wenn bei Erteilung der Vollmacht auf Seiten des Vollmachtgebers Willensmängel vorhanden waren, sei es Irrtum, Betrug oder Zwang.

Dieser Mangel der Vollmacht kann, wie bereits ausgeführt, in jeder Lage des Rechtsstreits, also auch noch im Kostenfestsetzungsverfahren oder in der Zwangsvollstreckung mittels der sog. exceptio procuratoria gerügt werden; es ist nur die Frage zu prüfen, ob ein früherer Verzicht auf die erfolgte Rüge, dessen Zulässigkeit nicht zu bezweifeln ist,[1]) oder die Nichtausübung des Rügerechts gleichwohl weiterhin berechtigt, den noch bestehenden Mangel mit Wirkung für die ganze Prozessführung geltend zu machen, oder ob das frühere Verfahren durch den Verzicht oder durch die Unterlassung der Rüge als stillschweigend genehmigt, somit nach § 295, Abs. 1 ein etwaiger Mangel der Vollmacht als geheilt zu erachten ist. Struckmann-Koch[2]) und Förster-Engelmann nehmen, gestützt auf die Entscheidungen des Reichs-Gerichts[3]), eine Heilung des Vollmachtmangels durch Rückverzicht, bezw. Nichtausübung des Rügerechts nach § 295, Abs. 1 an. Es dürfte jedoch, da nach der Gesetzesnorm der Mangel der Vollmacht von dem Gegner in jeder Lage des Rechtsstreits gerügt werden

[1]) KGU., Rsp. 15. 74.
[2]) Anm. 2 zu § 88.
[3]) In Gruch. 27, 1074; 44, 1185; in J. W. 1900, 520.

kann, die Auffassung zu vertreten sein, dass die Rüge des § 88 nicht von der Vorschrift des § 295, Abs. 1 betroffen wird, § 88 also nicht zu den Verfahrensnormen des § 295, Abs. 1 zu rechnen ist.[1])

Zu § 160, Abs. 3 CPO.

Im § 160, Abs. 1 u. 2 CPO. ist bestimmt, was in das Sitzungsprotokoll aufzunehmen ist. Nach § 160, Abs. 3 müssen Erklärungen, die in besonderen Schriftstücken beurkundet sind, nicht notwendig in das Protokoll aufgenommen werden; solche Schriftstücke dürfen vielmehr dem Protokoll als Anlage beigefügt werden. Die Feststellung durch Aufnahme in eine Anlage zum Protokoll ist im Anwaltsprozess für die Anträge und für die Erklärungen — § 160, Abs. 2, Ziff. 2 —, der allein zulässige Weg, was sich aus §§ 297, 298 CPO. ergibt. Im übrigen können auch Anerkenntnisse, Verzichtleistungen und Vergleiche, Zeugenaussagen[2]) und Sachverständigen-Gutachten[3]), auch gerichtliche Entscheidungen[4]) dem Protokolle als Anlage beigefügt werden. Für die Anlagen selbst ist in dem Gesetz eine Form nicht vorgeschrieben. Nur die Eigenschaft als Anlage des Protokolls muss auf dem einzelnen Schriftstück ersichtlich und im Protokolle auf die Anlage Bezug genommen sein[5]). Wurde nun eine dem Protokoll beigefügte Anlage im Protokoll aus Versehen nicht erwähnt, so kann die Berichtigung des Versehens erfolgen; erfolgt eine solche Berichtigung nicht, so kann die Verletzung des § 160, Abs. 3 gerügt werden. Es ist jedoch die Verletzung dieser Formvorschrift des § 160, Abs. 3

---

[1]) Gaupp-Stein I, zu § 88, I, Absatz 2, Skon.-Gelpcke, zu § 88, Fussnote 3; Petersen-Anger zu § 88, Fussnote 1 u. 3, Abs. 3; Seuffert, zu § 88, Fussnote 1; Wach, Handbuch I, S. 601, Note 16; Ulbricht, civ. Arch. 78, S. 85; Nussbaum, Prozesshandlungen, S. 100; Höpfner, Vertretnng ohne Vollmacht, 1899, S. 71; Bl. f. R. A. 64, 405.

[2]) Jur. Wochenschr. 1886, 90; Gruch. 41, 880.

[3]) Bl. f. RA., Erg.-Bd. 9, S. 153.

[4]) Petersen-Anger, zu § 160, II, Fussnote 3.

[5]) Gaupp-Stein, zu § 160, III; Jur. Wochenschr. 07, S. 146.

gemäss § 295, Abs. 1 heilbar[1]). Zwar erscheint die Bezeichnung der beigefügten Urkunde im Protokoll als Anlage wesentlich, da aber die Erfüllung dieser Formvorschrift öffentliche Interessen nicht berührt, so untersteht § 160, Abs. 3 der Parteidisposition, d. h. § 160, Abs. 3 enthält wesentliches, aber dispositives Prozessrecht, dessen Verletzung nach § 295, Abs. 1 geheilt werden kann.

Zu § 162 CPO.

Nach § 162 CPO. ist das Protokoll den bei der Verhandlung beteiligten Personen zu verlesen oder zur Durchsicht vorzulegen. Beteiligt im Sinne des § 162 sind ausser den Parteien und Nebenparteien auch die vernommenen Zeugen und Sach-Verständigen, letztere jedoch nur hinsichtlich ihrer Aussagen. Die Verlesung des Protokolls hat sich auf die im § 160, Abs. 2, Nr. 1—4 aufgezählten Punkte zu erstrecken, auch soweit sie in Anlagen (§ 160, Abs. 3) enthalten sind.[2])[3]) In dem Protokoll ist zu bemerken, dass die Verlesung des Protokolls oder die Vorlage zur Durchsicht stattgefunden hat und die Genehmigung erfolgt ist oder welche Einwendungen erhoben worden sind, § 162, S. 2.

§ 162, S. 1 und 2 enthält wesentliches Verfahrens-

---

[1]) Seuffert, zu § 160, Note 8; Petersen-Anger, zu § 160, Fussnote 2 u. 3; Bl. f. RA. Erg. Bd. 9, S. 153.

[2]) Gaupp-Stein, zu § 162, I; Skon.-Gelpcke, zu § 162, Fussnote 1; Struckmann-Koch, zu § 162, Note 1; RG. 14, 382; 17, 348; S. A. 59, N. 18.

[3]) Wurde dem Protokoll als Anlage eine von beiden Parteien unterzeichnete, von einem Parteivertreter ohne Widerspruch der übrigen anwesenden Beteiligten wortgetreu verlesene Urkunde beigefügt, so wäre es als ein übertriebener Formalismus zu bezeichnen, wenn man den Richter durch die Vorschrift des § 162 für genötigt erachten wollte, diese Urkunde nochmals den Beteiligten vorzulesen oder zur Durchsicht vorzulegen. Enthält z. B. die als Anlage übergebene Urkunde einen Vergleich, so kann das Unterbleiben einer gerichtsseitigen Verlesung oder Vorlage der Anlage nicht dahin führen, dem im übrigen formgerecht zu Protokoll festgestellten Vergleich die volle Rechtswirksamkeit eines gerichtlichen Vergleichs zu versagen und es genügt in einem solchen Falle die alleinige Verlesung des Protokolles, Jur. Wochenschr. 1908, S. 720; Gruch. Beitr. 53, S. 722.

Recht, stellt somit nicht lediglich eine Sollvorschrift dar[1]), sondern hat den Charakter einer sog. Mussvorschrift. Schon durch die Fassung des § 162 „ist zu — verlesen, ist — vorzulegen, ist — zu bemerken," kommt zum Ausdruck, dass die Verlesung, bezw. die Vorlage zur Durchsicht und die Genehmigung essentiell ist. Jedoch kann bei Verletzung des § 162 der Mangel der Verlesung, die Nichtvorlage zur Durchsicht, der Mangel der Genehmigung nach § 295, Abs. 1 geheilt werden und das Recht, die Verletzung des § 162 zu rügen nach § 295 verloren gehen, denn die Verfahrensnorm des § 162 ist im Gegensatz zu Struckmann-Koch[2]) wenngleich wesentlich, so doch als dispositives Prozessrecht anzusehen und es ist somit eine Heilung nach § 295 zuzulassen.[3])

Zu § 166ff CPO.

Die Giltigkeit des Zustellungsaktes hängt ab von der Einhaltung der in Buch I, 3. Abschnitt, 2. Titel der CPO. aufgestellten Vorschriften über den Weg der Zustellung und über die Ausführung derselben. Ein Verstoss gegen die Vorschriften der §§ 170—213 CPO. bewirkt an sich die Ungiltigkeit der erfolgten Zustellung.

Dass die Nichteinhaltung der Formvorschriften hinsichtlich der Zustellung Ungiltigkeit derselben zu Folge

---

[1]) Skon.-Gelpcke, zu § 162, Note 5; Gruch. 28 1102; S. A. 39, 208, wonach der Vorschrift des § 162 lediglich instruktionelle Bedeutung zukommt. Jst vor dem Prozessrichter von den Parteien ein Vergleich abgeschlossen und protokolliert worden und steht der Abschluss des Vergleiches unzweifelhaft und unbestritten fest, so dürfte allerdings in diesem Falle mit RG. in Gruch. Beitr. 28, S. 1101 anzunehmen sein, dass die Rechtsbeständigkeit eines solchen Vergleichs durch die Verlesung des Protokolls nicht bedingt ist. Denn es wäre als schikanös zu erachten, wenn eine der Parteien, obgleich der Abschluss des Vergleichs feststeht, die Rechtsverbindlichkeit des Vergleiches leugnen wollte, weil die im § 162 vorgeschriebene Form nicht eingehalten wurde.

[2]) Note 1 zu § 162, (anscheinend gestützt auf RG. 13, 418), welcher eine Heilung durch Nichtrüge nach § 295, Abs. 1 für nicht zulässig erachtet.

[3]) Seuffert, Anm. zu § 162; Petersen, zu § 162, Fussnote 3; Gaupp-Stein, zu § 162, I; RG. 12, 486 ff.

hat, ist in der CPO ausdrücklich nicht erwähnt. Daraus darf aber nicht der Schluss gezogen werden, dass mangels einer solchen gesetzlichen Bestimmung die Zustellungen auch dann als giltig zu erachten seien, wenn Verfahrensmängel hinsichtlich der Zustellung vorliegen. Es ist vielmehr hervorzuheben, dass dort, wo das Gesetz Vorschriften über die Art und Weise der Vornahme einer prozessualen Handlung gibt, die Einhaltung dieser Vorschriften essentiell für die Gültigkeit der Prozesshandlung ist, es sei denn, dass aus der Vorschrift klar erhellt, dass sie bloss anweisender, instruktioneller Natur sein will.

Die Einhaltung der Formvorschriften über die Art und Weise der Zustellung als wesentliches Erfordernis für die Giltigkeit derselben folgt auch aus dem Sprachgebrauch unserer CPO. Zwar ist dieser Sprachgebrauch nicht überall gleichmässig und konsequent durchgeführt[1]), jedoch ist zu betonen, dass das Gesetz niemals den Ausdruck „müssen" für lediglich instruktionelle Anweisungen gebraucht und dass auch das im Gesetze sonst für instruktionelle Vorschriften gebrauchte „Soll" in den Vorschriften über die Zustellung nirgends zu finden ist. Für einen Teil der Vorschriften über die Zustellung (§§ 176, 191, 192, 205) findet die zwingende Natur dieser Vorschriften in dem Worte „müssen" ihren Ausdruck, für die übrigen Vorschriften ist eine durchaus gebietende Fassung gewählt, wie in den §§ 170, Abs. 1 („besteht"), 170—173, 195, Abs. 1, 199, 200, 204, Abs. 1 („erfolgt" bezw. „erfolgen"), 188, 195, Abs. 2 und 3 „ist zu . . . . . ". Es besteht auch in der Litteratur im allgemeinen Einhelligkeit darüber, dass die Formvorschriften hinsichtlich der Zustellung als wesentliche Verfahrensnormen zu erachten sind und dass Zustellungen, die unter Ausserachtlassung dieser gesetzlichen Bestimmungen vorgenommen wurden, der Rechtswirksamkeit an sich entbehren.[2])

[1]) Wach, Hdbch I, S. 297 ff.; Heilbut, civ. Arch. 69. S. 331 ff.

[2]) Gaupp-Stein vor § 166, IV; Seuffert, zu § 170, Fussnote 1 a; Struckmann-Koch, Fussnote 1 zu den §§ 170—206; Skon.-Gelpcke, zu § 166, Fussnote 1; Petersen-Anger, zu § 170, Note 1; zu § 295, Note 9, Klein, ZZP. 15, 493 ff.; R.G. 2, S. 399; 4, S. 414; 9, S. 338; 21, S. 391.

Es ist nur die weitere Frage zu untersuchen, ob und inwieweit diese Verfahrensnormen über die Zustellung dispositives Prozessrecht darstellen und ob die Verletzung einer Vorschrift über die Art und Weise der Zustellung und die durch die Verletzung begründete Ungiltigkeit derselben durch Verzicht oder Verlust des Rügerechts gemäss § 295, Abs. 1 geheilt werden kann.

Darüber, dass Zustellungs-Mängel durch Verzicht auf die Rüge oder durch Präklusion der Rüge geheilt werden können, sind sich Litteratur und Rechtsprechung einig. Streit besteht nur darüber, ob eine derartige Heilung der Ungültigkeit auch dann möglich ist, wenn durch die Zustellung die Inlaufsetzung oder Wahrung einer Notfrist, soweit die letztere noch durch Zustellung zu erfolgen hat, bewirkt werden soll.[1])

Nach Gaupp-Stein[2]) hängt die Möglichkeit der Heilung einer ungültigen Zustellung nach § 295, Abs. 1, da die Zustellung als solche eine selbständige Prozesshandlung noch nicht bedeute, sondern nur das Mittel zur Vornahme einer solchen bilde, davon ab, welchen Charakter die durch die Zustellung zur Existenz gelangende Handlung oder die durch die Zustellung in Lauf zu setzende oder zu wahrende Frist hat. Gaupp-Stein lässt daher § 295, Abs. 1 Platz greifen z. B. bei Erhebung der Klage und bei der Wahrung gewöhnlicher Fristen.

Handelt es sich aber bei dem Zustellungs-Akt darum, dass eine Notfrist durch die Zustellung in Lauf gesetzt oder gewahrt werden soll, so ist nach der Ansicht von

---

[1]) Die Streitfrage hat dadurch, dass infolge der Novelle vom Jahr 1909, die Notfristen, zu deren Wahrung eine Zustellung nötig ist, verringert wurden, an praktischer Bedeutung verloren. In Betracht kommt noch der Fall der §§ 586 (Wiederaufnahmeklage), 958 (Anfechtungsklage im Aufgebotsverfahren), 1044 (Klage auf Aufhebung des Schiedsspruches), 77 Gew. Gr. G., § 19, Abs. 2 Kaufm. Gr. G., §§ 91b, 100c Gew. O.

[2]) Vorbemerkung IV, Abs. 2 zu § 166.

Gaupp-Stein, Wilm.-Lewy[1]), Struckmann-Koch[2]), Skon.-Gelpcke[3]), Förster-Engelmann[4]), Weismann[5]) und der auch in der Rechtsprechung[6]) teilweise vertretenen Auffassung, weil die Voraussetzungen einer Notfrist nach allen Richtungen hin, somit auch bezüglich der Form des Zustellungsaktes von amtswegen zu prüfen seien, den Parteien nach § 295, Abs. 2 jede auch mittelbare Disposition besonders über den Lauf und die Berechnung der Notfristen entzogen, somit eine Heilbarkeit einer ungiltigen Zustellung nach § 295, Abs. 1 ausgeschlossen.[7])

Die Schlussfolgerung, dass Zustellungsmängel deshalb, weil die Notfristen der Verfügung der Parteien entzogen seien und deren Einhaltung von amtswegen zu prüfen sei, dem Parteiverzicht und der Präklusion der Mängelrüge nach § 295 nicht unterliegen, hält Seuffert[8]) für unrichtig. Seuffert erblickt darin, dass nach tatsächlich erfolgter Übergabe eines Schriftstückes, welche aus irgend einem Grunde keine ordnungsmässige Zustellung ist, die Übergabe infolge des Verhaltens der Parteien (Rügeverzicht oder Nichtrüge nach § 295, Abs. 1) vom Gericht nicht mehr auf die Ordnungsmässigkeit geprüft werden kann, keine Parteiverfügung über die Notfrist. Nach ihm bildet den Kern der Zustellung die Übergabe des Schriftstückes und

---

[1]) Zu § 156, Note 1.

[2]) Zu § 170, Note 1.

[3]) Zu § 166, Note 1.

[4]) Zu § 179, Note 2.

[5]) Band I, S. 332.

[6]) RG. 7, 372 ff.; 8, 331; 9, 413; 14, 335, 341; 30, 391; 37, 398; S. A. 57, Nr. 90; 64 Nr. 56; Gruch. 38, 1220 ff.; 48, 393; Jur. Wochenschr. 1896, S. 171; 1898, S. 350; 1902, S. 182 Nr. 6.

[7]) Eine einzige Ausnahme im Sinne der Heilbarkeit ist jedoch im amtsgerichtlichen Prozesse auf Grund des § 493, Abs. 3 gegeben, soweit durch eine Zustellung von amtswegen die Wahrung einer Notfrist zu erfolgen hat. Gaupp-Stein, vor § 166, IV, Abs. 2, am Ende.

[8]) Zu § 170, Fussnote 1 b.

ist diese Übergabe erfolgt, so können nach Seuffert formelle Mängel gemäss § 295, Abs. 1 geheilt werden.[1])

Seuffert unterscheidet hier scharf zwischen Zustellungsakt, der dem Verzicht der Parteien entzogen ist, und den die Ausführung der Zustellung betreffenden Vorschriften. Stellt man die bei Gaupp-Stein und Seuffert hinsichtlich der Streitfrage vertretenen Auffassungen einander gegenüber, so scheint die Auffassung Seufferts, wornach alle Zustellungsmängel heilbar sind, also auch eventuelle Mängel bei Zustellung zur Wahrung einer Notfrist, überzeugender.

Schon nach den Motiven zum Zivilprozessentwurf[2]) soll auf die Befolgung aller die Zustellung betreffenden Formvorschriften von den Parteien wirksam verzichtet werden können,[3]) und zwar ist kein Unterschied gemacht, ob durch die Zustellung eine Notfrist in Lauf gesetzt werden soll oder nicht; es sind somit nach den Motiven alle Zustellungsmängel nach § 257 (§ 295 neu) heilbar.[4])

Weiterhin ist zu bemerken: die CPO. enthält, wie bereits oben erwähnt, keine Bestimmung darüber, welche Vorschriften speziell unter § 295 fallen und die Motive[2]) haben diese Feststellung der Wissenschaft überlassen. Nach dem heutigen Stand der Litteratur und Rechtsprechung sind nun als nicht unter § 295, Abs. 1 fallend zu erachten alle jene Verfahrensnormen, die wesentlicher Natur sind und für deren Einhaltung ein öffentliches Interesse gegeben ist, soweit also wesentliches und absolutes Prozessrecht in Frage steht, auf dessen Beobachtung eine Partei wirksam nicht verzichten kann.

Bei einer Zustellung nun, welche der Inlaufsetzung oder Wahrung einer Notfrist dient, ist die Frage aufzu-

---

[1]) Gleicher Meinung wie Seuffert: Goldenring, ZZP, 9, S. 84; Fitting, ZZP, 11, S. 24, 51; Petersen, 5. Auflage, zu § 295, Note 9; Bl. f. R. A. 54, S. 287; S. A. 45, Nr. 138; 59, Nr. 134; 62, Nr. 45; Rsp. 9, 93; 19, 202.

[2]) Hahn, Materialien zu den Reichs-Justiz-Gesetzen Abteilg. I, S. 281/82.

[3]) Vergl. auch die Motive zum preussischen Entwurf bei § 292, S. 61.

[4]) Vergl. auch Bl. f. R. A. 54, S. 285/86.

werfen, ob für die Einhaltung der Verfahrensvorschriften hinsichtlich der Zustellung hier ein publizistisches Interesse vorliegt. Das publizistische Interesse bei Wahrung oder Inlaufsetzung einer Notfrist kann nur darin bestehen, dass objektiv und für jedermann erkennbar festzustellen ist, wann der Zustellungsakt vorgenommen wurde, nicht aber darin, ob die Verfahrensvorschriften hinsichtlich der Zustellung eingehalten sind. Ist ein Zustellungsakt vorhanden, die Art und Weise der Zustellung aber mangelhaft erfolgt, dann muss die Partei, welche die Zustellung erwirkt hat, soferne nicht eine Zurücknahme derselben erfolgt, die bewirkte Zustellung gegen sich gelten lassen und ihr steht kein Recht zu, Mängel einer von ihr, bezw. auf ihr Betreiben hin vorgenommenen Zustellung zu rügen.[1]) Wurde gegenüber der Partei, an welche zugestellt werden soll, ein Zustellungsakt vorgenommen, welcher aus irgend einem Grunde mangelhaft ist, und hat die Partei auf die Mängelrüge, sei es ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet, so steht für das Gericht fest, dass die Zustellung stattgefunden hat. In dem Verzicht auf die Mängelrüge oder in der Nichtrüge liegt keine Parteiverfügung über die Notfrist, denn durch die Unterlassung der Mängelrüge gibt die Gegenpartei nur zu erkennen, dass sie das zugestellte Schriftstück an dem in der Zustellungsurkunde bezeichneten Tage erhalten hat und dass sie die mangelhafte Zustellung als formgerechte Zustellung gegen sich gelten lassen will. Ein öffentliches Interesse für eine Offizialprüfung der Frage, ob eine tatsächlich erfolgte Zustellung auch den Verfahrensnormen über die Art und Weise der Zustellung entspricht,

---

[1]) Seuffert, zu § 170, Fussnote 1c; Struckmann-Koch, zu § 170 bis 206, Fussnote 2; Goldenring, ZZP. 9, S. 101 ff. In der bayer. CPO. (1869), Art. 219, war ausdrücklich bestimmt, dass niemand eigene Handlungen als nichtig anfechten konnte, ausser soweit die Nichtigkeit von amtswegen zu berücksichtigen ist. Dieser Grundsatz ist aber so selbstverständlich, dass sich in der deutschen CPO eine derartige Bestimmung nicht findet, ist übrigens eine notwendige Consequenz des in § 295 CPO. aufgestellten Prinzips. Cfr. S. A. 45 Nr. 138; cfr. Bl. f. R. A. 54, S. 285.

kann daher nicht eingesehen werden, denn welches öffentliche Interesse sollte daran bestehen, ob eine Zustellung an den Prozessbevollmächtigten oder an die Parteien selbst erfolgte und warum sollte eine Partei auf Verfahrensmängel nicht verzichten dürfen, die zu rügen sie allein berechtigt ist?[1])

Es ist daher mit Seuffert anzunehmen, dass die Verletzung einer Vorschrift über die Art und Weise der Zustellung nach § 295, Abs. 1 auch dann geheilt werden kann, wenn die Zustellung die Inlaufsetzung oder die Wahrung einer Notfrist bezweckt,[2]) sofern nur ein Zustellungsakt nachgewiesen wird, da ein öffentliches Interesse nur daran bestehen kann, dass ein solcher vorgenommen wurde, nicht aber an der Einhaltung der Formvorschriften über die Art und Weise der Ausführung der Zustellung.

Die Verletzung der Vorschriften über die Art und Weise der Zustellung kann aber, wie schon oben vorübergehend erwähnt, nur die Partei rügen, an welche die Zustellung erfolgt, nicht diejenige, für welche zugestellt wurde, denn die Formvorschriften über die Zustellung dienen dem Schutze des Prozessgegners, welchem zuzustellen ist, und es kann die zustellende Partei ihre eigenen Prozesshandlungen wegen Verletzung von Verfahrensnormen als rechtsunwirksam nicht rügen, soweit nicht diese Verfahrensmängel ex officio zu berücksichtigen sind, denn eine Partei, welche die Zustellung veranlasst hat, ist nicht als beschwert zu erachten, wenn Mängel der Zustellung vorliegen.[3])[4])

Die Anwendung des oben aufgestellten Grundsatzes auf die einzelnen Gesetzesbestimmungen ergibt folgendes:

Nach § 166, Abs. 1 erfolgen die von den Parteien zu betreibenden Zustellungen durch Gerichtsvollzieher. Wurde

---

[1]) Vergl. zu diesen Ausführungen: Goldenring, Arch. f. d. civil. Praxis 9, S. 99 ff.

[2]) Ebenso Hellwig, System 1912, I. Teil § 165, VI, Note 2.

[3]) Seuffert, zu § 170, Fussnote 1c; Struckmann-Koch, zu §§ 170 bis 206, Fussnote 2; Goldenring, ZZP. 9, S. 101 ff.

[4]) Vergl. dazu oben Fussnote 1, S. 50.

nun eine Zustellung vorgenommen ohne Zuziehung eines Gerichtsvollziehers oder war der die Zustellung vornehmende Gerichtsvollzieher nach § 156 GVG. von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen, ferner, war der Gerichtsvollzieher zur Vornahme der Zustellung örtlich nicht zuständig,[1]) so fehlt es an einem gültigen Zustellungsakt. Die Ungültigkeit ist aber nach § 295, Abs. 1 heilbar, auch insofern als Nichtbeachtung des § 156 GVG. vorliegt.[2])

Gemäss § 167, Abs. 1, welcher sich auf das Verhältnis des Gerichtsvollziehers zu seinem Auftraggeber bezieht, genügt die mündliche Erklärung einer Partei, um den Gerichtsvollzieher zur Vornahme der Zustellung, den Gerichtsschreiber zur Beauftragung eines Gerichtsvollziehers mit der Zustellung zu ermächtigen. Die Erteilung des Auftrags bedarf keiner Form und es kann der Wille zu beauftragen, auch aus konkludenten Handlungen gefolgert werden, wie z. B. durch Zusendung der Schriftstücke. Dem Dritten, an welchen die Zustellung erfolgen soll, muss durch den Inhalt der Zustellungsurkunde erkenntlich sein, für wen die Zustellung erfolgt.[3])

Ist aus der Zustellungsurkunde nicht ersichtlich, in wessen Auftrag die Zustellung vorgenommen wurde, oder erfolgte die Zustellung ohne Zustellungsauftrag, sei es z. B. infolge einer irrtümlichen Annahme einer Beauftragung, so liegt ein gültiger Zustellungsakt nicht vor.[4]) Der Mangel der Zustellung kann jedoch jederzeit nach § 295, Abs. 1 saniert werden; für die ohne Auftrag erfolgte Zustellung ergibt sich dies auch daraus, dass die geschehene Zustellung jederzeit von der Partei nachträglich genehmigt

[1]) Die örtliche Zuständigkeit eines Gerichtsvollziehers bemisst sich nach den bestehenden Gerichtsvollzieherordnungen und ist durchweg auf den Landgerichtsbezirk seines örtlichen Wohnsitzes beschränkt.

[2]) Im Gegensatz zu Skon.-Gelpcke, Note 1 zu § 166, der eine Heilung nach § 295, Abs. 1 nur insoweit zulässt, als die Ungiltigkeit des Zustellungsaktes auf der örtlichen Unzuständigkeit des Gerichtsvollziehers beruht.

[3]) R. G. 17, S. 414; 52, S. 367.

[4]) R. G. 52. S. 367.

werden kann und die Genehmigung dann angenommen werden muss, wenn die Partei in Kenntnis der mangelhaften Zustellung den Mangel nicht gerügt hat.[1])

Insoweit eine Zustellung durch Vermittlung des Gerichtsschreibers zulässig ist, was sich aus § 166, Abs. 2 ergibt, erfolgt die Vermittlung des Gerichtsschreibers nach § 168 kraft Gesetzes, es sei denn, dass die Partei erklärt, sie wolle selbst einen Gerichtsvollzieher beauftragen. Nach § 168, Halbsatz 2, ist diese Erklärung in Anwaltsprozessen nur dann zu berücksichtigen, wenn sie in dem zuzustellenden Schriftsatze enthalten ist.[2])[3]) Fehlt nun diese Erklärung in dem Schriftsatz, erfolgt aber gleichwohl eine unmittelbare Beauftragung des Gerichtsvollziehers durch die Partei, so ist die Zustellung als gültig zu erachten.[4]) Enthält aber der Schriftsatz die Erklärung[5]) und erfolgt die Zustellung gleichwohl durch Vermittlung des Gerichtsschreibers, so ist die Zustellung als mangelhaft zu erachten, selbst dann, wenn die Erklärung nachträglich zurückgezogen wird.[6]) Der Mangel der Zustellung ist jedoch heilbar nach § 295, Abs. 1, im Gegensatz zu Struckmann-Koch,[7]) welcher

---

[1]) Vergl. dazu Seuffert, zu § 167, Note 1—3; Gaupp-Stein, zu § 167, II und Vorbem. zu § 166, IV; Struckmann-Koch, zu § 167 N. 1; Skon.-Gelpcke, zu § 167, N. 1 und 4.

[2]) Dieser Zusatz der Novelle vom Jahr 1898 im Zusammenhang mit § 207, Abs. 2 CPO. soll dem Gegner ersichtlich machen, ob er mit der sich aus § 207, Abs. 2 ergebenden Verlängerung der Notfrist zu rechnen habe.

[3]) Lässt sich eine Partei vom Gerichtsschreiber ein zuzustellendes Schriftstück gegen Empfangsbekenntnis aushändigen, so liegt darin ein Verzicht auf die Einhaltung der Vorschrift über die Form der Zustellung nach § 168 und ein Verzicht auf eine nochmalige Zustellung. Hellwig, System, I. Teil, § 165, VI, 2.

[4]) Komm. B. zur Novelle 1898, S. 70 ff.

[5]) An welcher Stelle des Schriftsatzes sich die Erklärung „Zustellung besorge ich selbst“ oder dergleichen befindet, ist gleichgültig, im Context des Schriftsatzes muss sie nicht enthalten sein, Skon.-Gelpcke, zu § 168, N. 5.

[6]) Gaupp-Stein, zu § 168, II.

[7]) Zu § 168, Fussnote 4.

im Falle einer solchen freiwilligen Vermittlung der Zustellung durch den Gerichtsschreiber die Zustellung nicht als mangelhaft erachtet, ihr aber die Vorzüge abspricht, welche die unter Vermittlung des Gerichtsschreibers als solchen erfolgte Zustellung gemäss § 207, Abs. 2 CPO. hat.

Nach § 169, 1 CPO. hat die Partei dem Gerichtsvollzieher, und, wenn unter Vermittlung des Gerichtsschreibers zuzustellen ist, diesem neben der Urschrift des zuzustellenden Schriftstückes eine der Zahl der Personen, welchen zuzustellen ist, entsprechende Zahl von Abschriften zu übergeben. Die Übergabe der Urschrift ist wesentlich, einmal wegen der Beglaubigung der Abschriften als auch mit Rücksicht auf § 190, Abs. 2 und § 207, Abs. 2. Der Mangel der Übergabe kann aber geheilt werden nach § 295, Abs. 1.

Die Bestimmung des § 169, Abs. 2, dass die Zeit der Übergabe auf der Urschrift und den Abschriften zu vermerken und der Partei auf Verlangen zu bescheinigen ist, hat praktische Bedeutung für die Fälle der §§ 207, 235, Abs. 1[1]). Die Beobachtung des § 169, Abs. 2 berührt aber die Gültigkeit des Zustellungsaktes nicht, denn § 169, Abs. 2 ist nur instruktioneller Natur[2]).

§ 170, Abs. 1 bestimmt, dass die Zustellung in der Übergabe einer beglaubigten Abschrift oder in einer Ausfertigung des zuzustellenden Schriftstückes besteht. Die Übergabe, d. h. die Aushändigung des zuzustellenden Schriftstücks, hat dem Empfänger gegenüber zwar nicht notwendig in seine Hand, so doch seiner Person gegenüber zu erfolgen. Fand nun eine solche Übergabe nicht statt, oder ist die Übergabe um deswillen rechtsunwirksam, weil z. B. das zuzustellende Schriftstück in Abwesenheit des Adressaten in dessen Wohnung niedergelegt, ihm bloss vor-

---

[1]) Komm.-Begr. z. Novelle 1898, S. 71; Prot. 57, 58, 529; Jur. Wochenschr. 1904, 66[31].

[2]) Gaupp-Stein zu § 169, II; Skon.-Gelpcke, zu § 169, Fussnote 6; Struckmann-Koch, zu § 169, Fussnote 2; Seuffert, zu § 169, Fussnote 2.

gezeigt, oder in einen Briefkasten eingeworfen wurde[1]), so liegt ein ungültiger Zustellungsakt vor. Es kann aber die Ungültigkeit geheilt werden nach § 295, Abs. 1.

Nach § 170, Abs. 1 besteht die Zustellung dann, wenn eine Ausfertigung zuzustellen ist, in der Übergabe der Ausfertigung, in den übrigen Fällen in der beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks. Wo nun Zustellung einer Ausfertigung erforderlich ist, wie in den gesetzlich besonders bezeichneten Fällen des § 377, Abs. 1, § 1039 kann zwar statt der Ausfertigung die Urschrift zugestellt werden; nicht aber ersetzt die Zustellung einer blossen beglaubigten Abschrift die der Ausfertigung; eine solche Zustellung wäre rechtsunwirksam[2]). Die Heilung dieses Mangels ist aber der Parteidisposition nach § 295, Abs. 1 unterstellt. Giltig ist aber eine Zustellung dann, wenn eine Ausfertigung oder die Urschrift statt einer beglaubigten Abschrift übergeben wurde, weil die Ausfertigung oder die Urschrift als das Mehr einen vollgültigen Ersatz einer bloss beglaubigten Abschrift bietet[3]).

Die Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks muss beglaubigt, d. h. der Gleichlaut der Abschrift mit der Urschrift bezeugt sein. Fehlt es an einer ordnungsmässigen Beglaubigung, so ist die Zustellung, da die Beglaubigung ein wesentliches Erfordernis für die Gültigkeit der Zustellung ist, ohne rechtliche Wirkung.

Enthält die beglaubigte Abschrift Unrichtigkeiten, so wird dadurch die Gültigkeit der Zustellung nicht berührt,

---

[1]) R. G. 6, 343; S. A. 52, No. 264.

[2]) RG. 6, 362; 8, 347; 33, 400; J. W. 1886, S. 294, N. 4; 1891, S. 178, Nr. 2; S. 467, Nr. 9; 1892, S. 160 Nr. 10; 1896, S. 187, Nr. 3; 1898, S. 198, Nr. 5; 1900, S. 564. S. A. 38, Nr. 173; 47, Nr. 294; 54, Nr. 113; 74, Nr. 56; Gruch. 35, S. 172; 41, S. 168; 45, S. 1090; bayer. Ob. L. G., Entsch. Sammlg. 13, S. 63.

Anderer Meinung: Heilbut, Archiv f. die civ. Praxis, 69, S. 376 bis 378. R. G. 7, S. 373; Wilm.-Levy, zu § 156, Note 1 (§ 170 neu), welche eine Dispensation von den im § 170, (§ 156 alt) aufgestellten Erfordernissen der Beglaubigung nicht zulassen; vergl. auch S. A. 64, Nr. 56.

[3]) R. G. 4, S. 426; 15, S. 411; J. W. 1886, S. 268, Nr. 6.

wenn nur aus der Abschrift die Urschrift ihrem wesentlichen Inhalt nach entnommen werden kann [1]). Finden sich aber in der beglaubigten Abschrift solche Abweichungen von der Urschrift, welche einen Nachteil für den Empfänger herbeizuführen vermögen, so kann in der Übergabe einer derartig unrichtigen Abschrift ein rechtsgültiger Zustellungsakt nicht erblickt werden [2]).

Ist das zuzustellende Schriftstück eine Ladung und ist in der Ladungsabschrift die Terminsbestimmung nicht oder unrichtig angegeben, so liegt gleichfalls ein ungiltiger Zustellungsakt vor [3]).

Alle diese Mängel der Zustellung sind aber nach § 295, Abs. 1 heilbar.

Die Beglaubigung [4]) nun erfolgt durch den Gerichtsvollzieher, bei den auf Betreiben von Rechtsanwälten oder in Anwaltsprozessen zuzustellenden Schriftstücken durch den Anwalt. (§ 170, Abs. 2.) Diese Beglaubigung der Abschrift hat der Gerichtsvollzieher auch dann vorzunehmen, wenn die von ihm zu bewirkende Zustellung durch den Gerichtsschreiber vermittelt wurde [5]). Hat jedoch der Gerichtsschreiber die Beglaubigung vorgenommen, so wird dadurch die Zustellung nicht unwirksam, da diese Beglaubigung diejenige des Gerichtvollziehers ersetzt [6]). Die

---

[1]) R. G. 61, S. 396; das Recht, herausgegeben von Sörgl, 1908, S. 471 Nr. 2690.

[2]) R. G. 4, S. 434; J. W. 1891, S. 146, 2; Rsp. 13, 127; Recht, herausgegeb. v. Sörgl, 1907, S. 63 Nr. 60.

[3]) R. G. 55, S. 305; Bl. f. R. A. 72, S. 227; S. A. 50, Nr. 45; J. W. 1903, S. 833, Nr. 5.

[4]) Der Beglaubigungsvermerk mit der dazu gehörenden Namensunterschrift kann auch durch Stempelaufdruck oder auf einem sonstigen mechanischen Wege hergestellt werden. Eine derartige Beglaubigung ist auf die Gültigkeit der Zustellung ohne Einfluss. R. G. 7, 372; 14, 335; bay. Ob. L. G. S. A. 59, 35. Stempeldruck u. s. w. genügen aber nicht, wenn das Gesetz ausdrücklich Unterschrift verlangt, wie z. B. §§ 130, Z. 6; 163, 191, Z. 7, u. s. w. Anderer Meinung: Wilm.-Levy, zu § 156 (170 neu).

[5]) Vergl. § 166, Abs. 2; § 168 CPO.; J. W. 1900, S. 117.

[6]) R. G. 46, S. 399; zweifelnd J. W. 1900, S. 120.

Beglaubigung durch einen andern als den zuständigen Gerichtsvollzieher macht die Zustellung ungültig[1]). Die Ungültigkeit ist aber heilbar nach § 295, Abs. 1.

In den Fällen, in denen auf Betreiben des Anwalts zuzustellen ist und dieser die Beglaubigung verabsäumt hat, ist die Zustellung gleichwohl dann als giltig zu erachten, wenn die Beglaubigung wenigstens durch den Gerichtsvollzieher nachgeholt wird[2]). Die Zulässigkeit dieser Beglaubigung durch den Gerichtsvollzieher ergibt sich auch daraus, dass nach Entscheidung des Reichsgerichts[3]) ein pflichtwidriges Verhalten des Gerichtsvollziehers angenommen wird, wenn er eine vom Anwalt nicht beglaubigte Abschrift zustellt, ohne selbst die Beglaubigung vorzunehmen.

Erfolgt die Beglaubigung durch den Anwalt, so kann nur der die Zustellung betreibende Anwalt, in Anwaltsprozessen auch dann, wenn die Zustellung auf Betreiben der Partei erfolgt, die Beglaubigung vornehmen. Beglaubigt ein andrer Anwalt, so ist die Zustellung rechtsunwirksam, da Beglaubigung durch einen andern Anwalt ausgeschlossen ist[4]), es sei denn, dass der zur Prozessführung bevollmächtigte Anwalt einen andern Anwalt zur Betreibung der Zustellung Ermächtigung erteilt hat[5]). Der Mangel der Zustellung kann aber nach § 295, Abs. 1 geheilt werden.

Zustellungen an prozessunfähige Parteien erfolgen, soweit nicht § 171, Abs. 2 einschlägt, regelmässig an deren

---

[1]) R. G. 33, S. 400 ff.; J. W. 1891, S. 178, Nr. 2.

[2]) R. G. 8, S. 347; 45, S. 416; 51, S. 260; J. W. 1883, S. 36[4]; 1884, S. 8[5]; 1898 S. 198[6]; 1900, S. 118, 119; 654[4]; S. A. 38, S. 455; 54, 215; Gruch. 27, 1024; 45, 1102. Anderer Meinung: Heilbut, Archiv f. d. civil. Praxis, 69, S. 347, 377; Wilm.-Levy, zu § 156 (170 neu), welche in diesen Fällen die Zulassung der Beglaubigung durch den Gerichtsvollzieher als prinzipwidrig bezeichnen.

[3]) S. A. 54, Nr. 113.

[4]) R. G. 33, S. 399; S. A. 52, Nr. 51; J. W. 1909, S. 72[6].

[5]) R. G. 24, S. 418; anderer Meinung: bay. Ob. L. G. S. A. 53, Nr. 53 für den Fall, dass der substituierte Rechtsanwalt bei dem Prozessgerichte nicht zugelassen war.

gesetzliche Vertreter, § 171, Abs. 1. Wird an eine prozessunfähige Person und nicht an deren gesetzlichen Vertreter zugestellt, oder erfolgt die Zustellung an eine prozessunfähige Person, weil für sie ein gesetzlicher Vertreter nicht vorhanden ist, so ist diese Zustellung ungültig, da prozessunfähige Personen Prozesshandlungen eben mangels der Prozessfähigkeit nicht entgegennehmen können. Ebenso ist die Zustellung an einen unrichtigen gesetzlichen Vertreter unwirksam. Die Ungültigkeit der Zustellung kann aber durch nachträgliche Genehmigung des gesetzlichen Vertreters oder durch Rügeverzicht nach § 295, Abs. 1[1]) geheilt werden, wie auch bei Nichtbeachtung der weiteren Vorschriften des § 171 (§ 171, Abs. 2) die dadurch bewirkte Mangelhaftigkeit der Zustellung durch Nichtrüge bezw. Rügeverzicht behoben werden kann[2]).

Zustellungen an Unteroffiziere und Soldaten, die dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehören, sind an den Chef der zunächst vorgesetzten Kommandobehörde (Kompagnie, Batterie, Eskadron, Schwadron) vorzunehmen, § 172. Die Frage, ob die Einhaltung der Vorschrift des § 172 für die Gültigkeit des Zustellungsaktes wesentlich ist, wird in der Litteratur nicht einheitlich entschieden. Gaupp-Stein[3]), Petersen[4]) und Skon.-Gelpcke[5]) nehmen an, dass diese Vorschrift zwingender Natur ist, und für diese Auffassung spricht auch der Zweck des § 172, welcher dem Chef der zunächst vorgesetzten Kommandobehörde die Stellung eines Zustellungsbevollmächtigten einräumt[6]). Mit der Zustellung an den Chef ist dieselbe daher vollendet und auch dann gültig, wenn die Weiterbeförderung der Zustellung an den Unteroffizier oder Gemeinen nicht er-

[1]) J. W. 1903, S, 236[2].

[2]) Gaupp-Stein, zu § 171, IV; Seuffert, zu § 171, Note 4; Petersen-Anger, zu § 171, Note 2; Skon.-Gelpcke, zu § 171, Note 4.

[3]) Zu § 172, II.

[4]) Zu § 172, Fussnote 1.

[5]) Zu § 172, Fussnote 4.

[6]) § 172 findet keine Anwendung auf die Ladung zum Zeugenverhör, § 378 CPO.

folgt. Zustellungen aber an einen andern als den Chef der vorgesetzten Kommandobehörde oder an den Unteroffizier bezw. Gemeinen unmittelbar entbehren der Rechtswirksamkeit, sind aber nach § 295, Abs. 1 heilbar. Andrer Meinung: Struckmann-Koch[1]) und Seuffert,[2]) welche, anscheinend gestützt auf eine Entscheidung des KG.-Berlin,[3]) in §. 172 lediglich eine Vorschrift instruktioneller Natur erblicken und eine direkte Zustellung an den Unteroffizier oder Gemeinen deshalb gleichwohl als rechtsgültige Zustellung annehmen.[4])

Nach § 173 kann die Zustellung an den Generalbevollmächtigten, sowie in den durch den Betrieb eines Handelsgewerbes hervorgerufenen Rechtsstreitigkeiten an den Prokuristen mit gleicher Wirkung erfolgen wie an die Partei selbst. Das Gesetz stellt in § 173 den Generalbevollmächtigten[5]) und den Prokuristen dem gesetzlichen Vertreter (§ 171) insoweit gleich, als sie Dritten gegenüber kraft Gesetzes[6]) als Vertreter der Partei für die Zustellung gelten; sie sind daher Zustellungsempfänger.[7]) Fehlt der Person, welcher zugestellt wird, die Vollmacht oder hat dieselbe nicht oder nicht mehr Prokura oder betrifft die Zustellung eine von der Vertretungsmacht ausgeschlossene

---

[1]) Zu § 172, Fussnote 3.

[2]) Zu § 172, Fussnote 3.

[3]) Rspr. 6, S. 394.

[4]) Ebenso Fitting in ZZP. 11, 54 ff.

[5]) Als Generalbevollmächtigter ist zu erachten, wer zur Verwaltung aller Vermögensangelegenheiten einer Person oder wenigstens zur Verwaltung eines grösseren, sachlich bestimmten Kreises von Vermögensangelegenheiten ermächtigt ist, R. G. 67, 24; 69, 301; S. A. 63. Nr. 189. § 173 findet daher keine Anwendung auf den Vertreter für ein einzelnes bestimmtes Recht oder Rechtsverhältnis u. in Prozzessen nicht vermögensrechtlicher Natur. Gaupp-Stein zu § 173, I, 2; Seuffert, zu § 173, Note 1, a u. b; Petersen, zu § 173, Note 4; Skon.-Gelpcke, zu § 173, N. 3.

[6]) Für den Prokuristen ergibt sich dies aus § 49, Abs. 1 H. G. B.

[7]) Ist jedoch ein Prozessbevollmächtigter bestellt, so ist nach § 176 die Zustellung an den Gen.-Bevollmächtigten, bezw. Prokuristen ausgeschlossen.

Angelegenheit, so ist die Zustellung ungültig.[1]) Der Verfahrensmangel kann aber nach § 295, Abs. 1 durch Rügeverzicht bezw. Nichtrüge beseitigt werden.

In den Fällen, in denen auf Antrag angeordnet werden kann, dass die Partei eine Person zum Empfange der Zustellung bevollmächtige, ist der Zustellungsbevollmächtigte in der nächsten mündlichen Verhandlung, oder, wenn die Partei dem Gegner einen Schriftsatz zustellen lässt, in diesem zu benennen, §§ 174, 175, Satz 1. Benennt die Partei einen Bevollmächtigten nicht, so können alle späteren Zustellungen bis zur nachträglichen Benennung durch Aufgabe zur Post erfolgen. § 175, S. 2. Fehlt es aber an den Voraussetzungen für eine solche Zustellung durch Aufgabe zur Post, so ist die Zustellung ungültig. Die Ungültigkeit kann aber nach § 295, Abs. 1 geheilt werden.

§ 176 bestimmt, dass Zustellungen, welche in einem anhängigen Rechtsstreite geschehen sollen, an den für die Instanz bestellten Prozessbevollmächtigten erfolgen müssen. Hieraus erhellt, dass die Zustellung der Klageschrift der Partei selbst oder einer der in den §§ 171—173 bezeichneten Personen gegenüber vorzunehmen ist. Alle weiteren Zustellungen aber, die im Laufe des anhängigen Rechtsstreites erfolgen, auch die Zustellungen von amtswegen sind in Beachtung der Vorschrift des § 176 statt an die Partei an deren Prozessbevollmächtigten zu richten. Die Vorschrift des § 176, welche für das Gericht wie für den Prozessgegner bindend ist, — denn der Zweck des § 176 ist, dass die Partei, welche sich durch die Bestellung eines Prozessbevollmächtigten des Prozessbetriebes völlig begeben hat, mit an sie persönlich gerichteten Prozesshandlungen nicht mehr belästigt werde, sondern dass alle Fäden des Prozesses in der Hand des Prozessbevollmächtigten vereinigt bleiben, — und sich auf alle Arten

[1]) J. W. 1884, S. 136[3]; S. A. 49, 216; die Beweislast, dass Vollmacht oder Prokura vorgelegen habe, hat im Streitfalle die Partei, welche die Gültigkeit des Zustellungsaktes behauptet. J. W. 1884, S. 136.

von Zustellungen, auch auf formlose Mitteilungen, Anzeigen oder Bekanntmachungen bezieht, ist eine Verfahrensnorm von zwingender Natur und die Nichteinhaltung dieser Bestimmung führt zur Ungültigkeit des Zustellungsaktes.[1]) Das Gericht, bezw. der Gegner haben das Gebot des § 176 jedoch nur dann zu beachten, wenn sie die Bestellung des Bevollmächtigten kannten oder wenigstens kennen mussten, d. h. infolge von Fahrlässigkeit nicht kannten.[2]) Ist also in den Fällen, in denen der Partei selbst zuzustellen gewesen wäre, irrtümlicherweise die Zustellung einem als Bevollmächtigten der Partei angesehenen Anwalt gegenüber vorgenommen, oder statt an den Prozessbevollmächtigten der Partei selbst zugestellt worden, so liegt ein ungültiger Zustellungsakt vor, diese Ungültigkeit kann jedoch durch Rügeverzicht bezw. Nichtrüge des Gegners nach § 295, Abs. 1 saniert werden.[3])

Die §§ 181—185 regeln die Ersatzzustellung. Unter Ersatzzustellung versteht man die Übergabe des für den Adressaten bestimmten Schriftstücks an eine andere Person mit der Wirkung, als ob die Behändigung an den Adressaten selbst erfolgt wäre. Die Ersatzzustellung beruht auf der Annahme, dass das bei der Zustellung übergebene Schriftstück vom Empfänger an den Adressaten abgeliefert wird. Es ist daher die Zustellung mit der Übergabe an die in den §§ 181—184 bezeichneten Personen bewirkt, und das Unterbleiben der Weiterbeförderung des Schriftstücks an den Adressaten für die Gültigkeit der Ersatzzustellung ohne Einfluss.[4]) Zulässig ist die Ersatzzustellung auch in den Fällen der §§ 171—173; 176, eben-

[1]) Mot. 149; R. G. 4, 414; 50, 351; J. W. 1891, 222[8]; 1900, 529[21]; 1902, 42; Gruch. 44, 1174; bay. Ob. L. G. S. A. 38, Nr. 70. Wilm.-Levy, Note 2 zu § 162, welcher insbesondere hervorhebt, dass das Wort „müssen" in § 162 (176 neu) nach der Absicht des Gesetzgebers im technischen Sinne als die Gültigkeit bedingend gebraucht sei.

Anderer Meinung: Heilbut, civ. Arch. 69, S. 383.

[2]) R. G. 5, 360; 9, 347; 14, 351, 18, 396.

[3]) R. G. 9, 69; 37, 379.

[4]) Entsch. des R. G. in Strafs. 31, S. 284.

so bei den Zustellungen an den Zustellungsbevollmächtigten, nicht aber im Falle des § 198 CPO. bei der Zustellung von Anwalt zu Anwalt.

Ist die Ersatzzustellung einer Person gegenüber vorgenommen, an welche sie nach den Bestimmungen der §§ 181—184 nicht hätte bewirkt werden dürfen und fehlte es bei der Ersatzzustellung an den in den zitierten §§ niedergelegten gesetzlichen Voraussetzungen für ihre Zulässigkeit, so ist die Zustellung ungültig,[1]) denn es gilt auch hinsichtlich der Ersatzzustellung der Grundsatz, dass die Nichteinhaltung der gesetzlichen Form-Vorschriften bezüglich der Zustellung die Rechtsunwirksamkeit der Zustellung begründet. Eine gesetzwidrig vorgenommene Ersatzzustellung ist als ungültig erfolgt auch dann zu erachten, wenn die Schriftstücke rechtzeitig an den Adressaten gelangt sind, im Gegensatz zu Petersen[2]) und einer Entscheidung des Reichsgerichts,[3]) wo unter Hinweis auf die nordd. Protokolle[4]) in diesem Falle die Gültigkeit der Zustellung vertreten wird.

Ist aber infolge Verletzung der §§ 181—184 die Ersatzzustellung ungültig, so kann der Mangel gleichwohl durch Rügeverzicht bezw. Nichtrüge nach § 295, Abs. 1 behoben werden.[5])

§ 186, welcher sowohl für die Zustellung an den Adressaten selbst als auch für Ersatzzustellungen nach §§ 181—184 gilt, bestimmt, dass bei Weigerung der Annahme der Zustellung ohne gesetzlichen Grund das übergebene Schriftstück am Ort der Zustellung zurückzulassen ist. Die Zurücklassung des Schriftstücks bei unberechtigter Verweigerung der Annahme hat die rechtliche Wirkung

[1]) Gaupp-Stein, zu § 166, IV; zu § 187, I; Seuffert, zu § 187, Fussnote 1; Skon.-Gelpcke, zu § 181, Note 11; 183, Note 7; 184, Note 9; Fitting, ZZP. 11, S. 63; Klein, ZZP. 15, S. 493; R. G. 14, 338; 17, 406; 21, 389; 34, 394; 88, 406. J. W. 1885, 242[9]; S. A. 51, Nr. 63.

[2]) ZZP., 1, 70 ff.

[3]) Bd. 17, S. 403 ff.

[4]) Bd. 2, S. 366.

[5]) S. Fussnote 1 oben.

einer erfolgten Übergabe. Die Zustellung nach § 186 ist daher bloss dann als ungültig zu erachten, wenn sie erfolgte, obgleich die Annahme der Zustellung verweigert wurde und die Verweigerung gesetzlich begründet war. Die gesetzlichen, d. h. auf Reichsgesetz beruhenden Gründe der Verweigerung der Annahme, finden sich bei Gaupp-Stein[1]) aufgezählt und sind als solche bezeichnet:

1) wenn dem Adressaten selbst, der an dem Orte Wohnung oder Geschäftslokal hat, ausserhalb dieser Örtlickeit zugestellt werden soll, § 180, Abs. 2.

2) wenn die Voraussetzungen für eine Ersatzzustellung fehlen, §§ 181–184, oder im Falle des § 184 die Zustellung ausserhalb der gewöhnlichen Geschäftszeit versucht wird.

3) wenn die Ersatzzustellung an den Gegner vorgenommen wird, § 185.

4) wenn die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher entgegen dem § 188 zur Nachtzeit oder an einem Sonn- oder Feiertage vorgenommen wird.

5) wenn die Zustellung nicht an die Person, für welche sie erfolgt, adressiert ist.

Die trotz berechtigter Verweigerung der Annahme erfolgte Zustellung ist, wie bereits bemerkt, rechtsungültig, diese Ungültigkeit aber eine heilbare nach § 295, Abs. 1.[2])

§ 187, in die CPO. durch die Novelle 1898 aufgenommen, durchbricht den Grundsatz, dass Zustellungen bei Verletzung der für sie geltenden Formvorschriften rechtsungültig sind, jedoch nur unter Beschränkung auf die Ladung. Voraussetzung für die Anwendung des § 187 ist aber, dass sich aus den Erklärungen einer Partei ergibt, dass eine ihr unter Verletzung der Vorschriften der §§ 181–186 zugestellte Ladung in ihre Hände gelangt ist. Ergibt sich aus dieser Erklärung, dass und wann die Partei

[1]) Zu § 186, II.

[2]) Gaupp-Stein, vor § 166, IV; § 186; Seuffert, zu §§ 186, Note 2 und 3; 187, Note 1 und 2; Skon.-Gelpcke, zu § 186, Note 4; § 187, Note 3 u. 4.

die Ladung erhalten hat, so gilt die Zustellung mit dem Zeitpunkte als bewirkt, in welchem die Partei nach ihrer Erklärung die Ladung erhalten hat, selbst dann, wenn sie der Gültigkeit der Zustellung widersprochen hat.[1])

§§ 188 CPO. behandelt die Verbote der Zustellung an Sonn- und Feiertagen und zur Nachtzeit. Was die Zustellung zur Nachtzeit betrifft, so war dieselbe in der alten CPO. von 1877 reichsrechtlich nicht untersagt, aber landesrechtlich bestanden vielfach für Beamte Verbote und Beschränkungen des Eindringens zur Nachtzeit in Privatwohnungen.[2]) Diese Verbote und Beschränkungen sind durch die Fassung des § 188, Abs. 1 (§ 171, Abs. 1 alt,) in der Novelle 1898 aufgehoben und die Gültigkeit der Zustellungen zur Nachtzeit abhängig gemacht worden von einer richterlichen Erlaubnis. Nach dem Grundsatze „Reichsrecht bricht Landesrecht" ist daher eine mit richterlicher Genehmigung zur Nachtzeit erfolgte Zustellung auch dann als rechtswirksam zu erachten, selbst wenn noch landesgesetzliche Verbote einer solchen bestehen sollten.

Das Verbot der Zustellung an Sonn- und Feiertagen und zur Nachtzeit gilt nur für die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher, bezw. Gerichtsdiener, bezieht sich aber nicht auf die Zustellung durch Aufgabe zur Post (§ 175), was sich aus § 188, Abs. 1 selbst ergibt, ferner nicht auf die Aufgabe durch die Post (§§ 193, 196) und nicht auf die Übergabe des zuzustellenden Schriftstücks an die Post. § 196. Letzteres folgt als arg. e contrario aus § 195, Absatz 1, der den § 188 nicht erwähnt.[3]) Ebensowenig gilt

[1]) Hellwig, Recht, Bd. 9, S. 301.

[2]) Gaupp-Stein, zu § 188, III; Seuffert, zu § 188, Note 2.

[3]) Planck I, S. 139, N. 33; Gaupp-Stein, zu § 188, I; Seuffert, zu § 188, Note 4; Petersen, zu § 188, N. 1; Skon.-Gelpke zu § 188, Note 4; Wilm.-Levy, zu § 171 (§ 188 neu), Note 3.

Andrer Ansicht: Struckmann-Koch, zu § 188, Note 2; Endemann, Lehrbuch, I, S. 553, welche § 188 auch auf die Zustellung durch den Postboten, §§ 193—197, Anwendung finden lassen, obgleich in § 195, Abs. 1 § 188 nicht aufgeführt ist, weil die dort allegierten Gesetzesstellen sich nur auf die Form der Zustellung bezögen.

§ 188 für die Zustellung von Anwalt zu Anwalt, § 198.[1])

Ist aber in Verletzung des § 188 eine Zustellung an Sonn- und Feiertagen oder zur Nachtzeit erfolgt, sei es, dass die gerichtliche Erlaubnis fehlt, oder dass dieselbe von einer unzuständigen Stelle verfügt wurde, oder dass die Verfügung, durch welche die Erlaubnis erteilt war, bei der Zustellung abschriftlich nicht mitgeteilt wurde (§ 188, Abs. 3), so ist eine gleichwohl vorgenommene Zustellung, wenn die Annahme verweigert wird, ungültig, § 188, Abs. 4; die Ungültigkeit wird jedoch durch Rügeverzicht oder Nichtrüge gemäss § 295, Abs. 1 geheilt.[2])

Nach § 190, Abs. 1 ist über die Zustellung eine Urkunde aufzunehmen. Die Frage, ob die Aufnahme einer Zustellungs-Urkunde noch zum Zustellungsakte gehört und die Gültigkeit des Zustellungsaktes bedingt, ist nicht unbestritten.

Skon.-Gelpcke,[3]) Wilmowski-Levy,[4]) Petersen,[5]) Struckmann-Koch[6]) und Endemann[7])[8]) vertreten die Auffassung, dass die Aufnahme der Zustellungsurkunde (anders wie nach französischem Prozessrecht, art. 71 cod. de procéd. civ.) kein integrierender Bestandteil der Zustellungshandlung sei. Diese Auffassung ist jedoch nicht zu halten, § 190, Abs. 1 stellt vielmehr wesentliches Prozessrecht dar. Schon in den Motiven zum E III, S. 152 ist ausgeführt, dass die §§ 166—168 (190—198 der CPO.) sich auf den Zustellungsakt beziehen; ebenso ergibt sich aus der imperativen Fassung des § 190, Abs. 1 dessen essentielle Bedeutung für den Zustellungsakt wie auch daraus, dass die Auf-

---

[1]) Gruch. 32, S. 1174.

[2]) Gaupp-Stein, zu § 188, V; § 166, IV; Skon.-Gelpcke, zu § 188 Note 9; Seuffert, zu § 170, N. 1.

[3]) Zu § 191, Fussnote 1.

[4]) Zu § 173, Note 1 (190 neu).

[5]) Zu § 190, Note 1.

[6]) 8. Aufl. zu § 190, Note 3 (welcher aber in der 9. Auflage seine Ansicht geändert hat).

[7]) Lehrbuch, I, S. 557.

[8]) wie auch Petersen, ZZP. I, S. 77—79, S. A. 38, Nr. 66; 54, S. 335.

stellung der für den Inhalt der Zustellungsurkunde wesentlichen Erfordernisse in § 191 keinen Sinn hätte, wenn die Zustellungsurkunde nur ein einfaches Beweismittel wäre. Es hat sich daher auch die gegenwärtige Litteratur und Rechtsprechung auf den Standpunkt gestellt, dass eine förmliche Zustellung ihrem Zweck und Wesen nach nicht in der blossen Übergabe des zuzustellenden Schriftstücks, sondern auch in der bestimmten Beurkundung des Zustellungsaktes bestehe.[1]) Wird daher durch den Gerichtsvollzieher oder Postboten zwar in Beachtung der Vorschriften der CPO. ein Schriftstück übergeben, die Aufnahme einer Zustellungsurkunde jedoch verabsäumt, so liegt eine rechtsgültige Zustellung nicht vor, es kann aber die Befugnis, die Verletzung des § 190, Abs. 1 zu rügen, nach § 295, Abs. 1 verloren gehen.[2])

Nach § 190, Abs. 2 ist die Zustellungsurkunde mit der Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks oder auf einen mit derselben zu verbindenden Bogen zu setzen.[3]) Unterbleibt die Verbindung der Zustellungsurkunde mit der Urschrift, ist dies auf die Gültigkeit des Zustellungsaktes ohne Einfluss, sofern nur überhaupt eine Zustellungsurkunde, wenn auch eine selbstständige, vorhanden ist. § 190, Abs. 2 setzt somit für die Gültigkeit der Zustellung kein wesentliches Erfordernis, ist vielmehr bloss instruktioneller Natur, was auch schon daraus erhellt, dass eine solche Ver-

---

[1]) Seuffert, zu § 190, Fussnote 1; Gaupp-Stein, zu § 190, I, Abs 1; Struckmann-Koch, 9. Aufl., zu § 190, Fussnote 3; R. G. 11, S. 404; 52 S. 367; Rspr. 6, 394.

[2]) R. G. 17, 411; 19, 423; 52, 367; Gruch. 29, 1076; Seuffert, zu § 190, Note 1; Gaupp-Stein, zu § 190, I, vor § 166, IV; Struckmann-Koch, zu § 190, Note 3.

Anderer Meinung: Skon.-Gelpcke, zu § 191, N. 1; Wilm.-Levy, zu § 173 alt, Note 1 (190 neu); Petersen, zu § 190, Note 1; Weismann, Lehrbuch I, S. 278; Gruch. 36, 124; S. A. 42, Nr. 327; 54, Nr. 180; 46, Nr. 138.

[3]) § 190, Abs. 2 findet keine Anwendung bei der Zustellung von Ausfertigungen, da sich in diesem Falle die Urschrift nicht in der Hand der Partei befindet. Seuffert, zu § 190, Note 2; Gaupp-Stein, zu § 190, III.

bindung erst dem vollendeten Zustellungsakte nachfolgen kann.[1])

Da das Wesentliche der Zustellung die Übergabe der Ausfertigung oder der Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks, § 170, Abs. 1 und die Aufnahme einer Zustellungsurkunde bildet, § 190, Abs. 1, so ist die Bestimmung des § 190, Abs. 3, wonach noch Übergabe einer durch den Gerichtsvollzieher beglaubigten Abschrift an den Zustellungsempfänger gefordert wird, gleichfalls als eine reine „Soll"-Vorschrift zu erachten. Die Gültigkeit des Zustellungsaktes selbst bleibt daher auch dann unberührt, wenn dem Zustellungsempfänger entweder überhaupt keine, oder doch eine unvollständige oder unbeglaubigte Abschrift der Zustellungsurkunde ausgehändigt wurde, soferne nur überhaupt eine Zustellungsurkunde vorliegt. Die Übergabe einer beglaubigten Abschrift der Zustellungsurkunde dient zwar dem Zwecke, dem Zustellungsempfänger den Nachweis einer rechtsgiltigen Zustellung zu erleichtern;[2]) dieser Zweck macht aber § 190, Abs. 3 nicht zu einem wesentlichen Erfordernis für die Rechtswirksamkeit der Zustellung trotz des in § 195, Abs. 2 gebrauchten „muss", denn es ist absolut kein Grund einzusehen, warum die Gültigkeit der Zustellung von der Aushändigung einer Abschrift der Zustellungsurkunde abhängig sein soll[3]).

§ 191 handelt von dem Inhalt der Zustellungsurkunde und stellt die einzelnen Erfordernisse des Inhalts der Zustellungsurkunde auf. Die in § 191 aufgezählten Erfordernisse sind, wie die Aufnahme der Zustellungsurkunde

---

[1]) R. G. 52, S. 14; J. W. 1883, S. 268[5]; 1892, S. 425[2]; 1908, S. 278; deutsche Jur.-Zeitg. Bd. 11, S. 700.

[2]) Der Nachweis der geschehenen Zustellung kann auch auf andere Weise als durch die Abschrift der Zust.-Urkunde erbracht werden. R. G. 31, S. 432.

[3]) R. G. 52, S. 13 u. 15; J. W. 1892, S. 331[5]; 1898, S. 640[7]; 1908, S. 278[2]; Gruch. 27, S. 1082, 1083, 1085; 36, S. 124, 1225; 45, 1097; S. A. 42, Nr. 327; Wilm.-Levy, Note 4 zu § 173 alt, 190 neu; Skon.-Gelpcke, zu § 190, Note 6; Gaupp-Stein, zu § 190, III; Petersen, zu § 190, N. 3.

selbst, für die Gültigkeit der Zustellung essentiell; dies folgt schon aus dem Gesetzestext selbst, welcher sagt: „die Zustellungsurkunde „muss“ enthalten“, sowie auch daraus, dass dann, wenn von den einzelnen in § 191 vorgeschriebenen Beurkundungen jede für sich unwesentlich wäre, die blosse Beurkundung des Zustellungsaktes ebenfalls nicht als für die Zustellung essentiell erachtet werden könnte. Fehlt jedoch in der Zustellungsurkunde die Erwähnung der Übergabe einer beglaubigten Abschrift der Zustellungsurkunde, § 191, Ziff. 6, so ist die Zustellung gleichwohl rechtswirksam, weil die Gültigkeit der Zustellung nicht durch die Übergabe einer beglaubigten Abschrift der Zustellungsurkunde bedingt ist[1]) Soweit sich aus dem mangelhaften Inhalte der Zustellungsurkunde eine Verletzung des § 191 CPO und die dadurch bewirkte Ungültigkeit des Zustellungsaktes ergibt, kann der Mangel der Zustellung behoben werden durch Nichtrüge bezw. Rügeverzicht gemäss § 295, Abs. 1.[2])

Bei der Zustellung durch Aufgabe zur Post, § 175, auf Betreiben einer Partei muss die Zustellungsurkunde den Bestimmungen des § 191 Nr. 2, 3, 7 entsprechen und ausserdem ersichtlich machen, zu welcher Zeit, unter welcher Adresse und bei welcher Postanstalt die Aufgabe erfolgte (§ 192).[3]) Fehlt eines dieser Erfordernisse in der Zustellungsurkunde, so ist der Zustellungsakt mangelhaft und ungültig, jedoch nach § 295, Abs. 1 heilbar. Auch bei der Zustellung durch Aufgabe zur Post ist eine beglaubigte Abschrift der Zustellungsurkunde in Verbindung mit dem

[1]) Siehe dazu die Ausführungen zu § 190, Abs. 3, S. 67.

[2]) R. G. 6, 361; 19, 423, 425; J. W. 1882, S. 65; 1884, S. 267[10]; 1889, S. 478[2]; Gruch. 29, 1076; S. A. 46, S. 216; Gaupp-Stein, zu § 191, I; vor 166, IV; Seuffert, zu § 191, Note 8; ebenso die Mot. 151.

Anderer Meinung: Wilm.-Levy, zu § 173 alt (§ 190 neu), Note 1 Endemann, Lehrbuch, I, S. 557; Skon.-Gelpcke, zu § 191, Note 1; Petersen, ZZP. 1, 77—79; S. A. 54, 335, welche die Gültigkeit der Zustellung als von der Formgültigkeit der Zustellungsurkunde unabhängig ansehen.

[3]) § 192 gilt demnach nicht bei der von amtswegen erfolgenden Zustellung (§ 213).

zu übergebenden Schriftstück in den Briefumschlag einzuschliessen gemäss § 190, Abs. 3. Die Ausserachtlassung dieser Gesetzesbestimmung berührt jedoch die Gültigkeit der Zustellung nicht, da § 190, Abs. 3 wesentliches Prozessrecht nicht enthält.[1])

Die §§ 193—197 regeln das Verfahren bei der Zustellung durch die Post und zwar § 194 die bei dieser Zustellung erforderlich werdende Tätigkeit des Gerichtsvollziehers, § 195 die des Postboten, § 196 die des Gerichtsschreibers. Die Zustellung durch die Post zerfällt in zwei von einander getrennte Akte: einmal in die Übergabe des zuzustellenden Schriftstücks in Abschrift an die Postanstalt durch den Gerichtsvollzieher (§ 194) bezw. durch den Gerichtsschreiber (§§ 196, 211) und in die Übergabe des Schriftstücks durch den Postboten, § 195. Beide Akte zusammen sind für die Rechtsgültigkeit einer solchen Zustellung Voraussetzung, sodass die Zustellung nicht schon mit dem Zeitpunkte der Übergabe zur Post, sondern erst mit der Aushändigung des Schriftstücks durch den Postboten als bewirkt zu erachten ist. Zur Gültigkeit der Zustellung gehört ferner bei Zustellungen auf Betreiben einer Partei[2]) die Aufnahme einer Urkunde über jeden der beiden Akte. Fehlt es an der Aufnahme dieser Urkunden, so ist der Zustellung die Rechtswirksamkeit abzusprechen.[3]) Nach § 194, Abs. 2 ist die über die Übergabe an die Post aufzunehmende Urkunde in Urschrift auf die Urschrift des zuzustellenden Schriftsücks oder auf einen mit derselben zu verbindenden Bogen zu setzen. Während die Beurkundung der Übergabe an die Post essentieller Natur ist, ist die Verbindung dieser Urkunde mit der Urschrift für die Gültigkeit der Zustellung kein wesentliches Erfordernis, da die Bestimmung bezüglich dieser Verbindung in § 194,

---

[1]) Gaupp-Stein, zu § 192; vergl. auch oben die Ausführungen zu § 190, Abs. 3 auf Seite 67.

[2]) Anders, § 211, Abs. 3.

[3]) Seuffert, zu § 194, Note 1; Gaupp-Stein, zu § 194, I.

Absatz 2 nur als blosse „Soll" - Vorschrift zu erachten ist.[1])

Soweit durch Verletzung der in § 194 aufgestellten Verfahrensnormen der Zustellungsakt mangelhaft ist, kann eine Heilung nach § 295, Abs. 1 eintreten.[2])

Nach § 195 erfolgt die Zustellung durch den Postboten in Gemässheit der Bestimmungen der §§ 180—186.

Der Postbote, welcher für den Zustellungsakt an die Stelle des Gerichtsschreibers tritt, ist ebensowenig wie der Gerichtsschreiber Vertreter der zustellenden Partei.

Über die Zustellung ist durch den Postboten eine Zustellungsurkunde aufzunehmen mit dem in Abs. 2 des § 195 bezeichneten Inhalt. Die Aufnahme der Zustellungsurkunde sowie ihr Inhalt gemäss § 191 Nr. 1, 3—5 und 7 sind für die Gültigkeit der Zustellung wesentliche Erfordernisse.

Da die Urkundenbestandteile des § 191, Nr. 2 und 6 durch die Urkunde des § 194 gedeckt werden, bedarf es in der Zustellungsurkunde des Postboten nicht der Angabe der betreibenden Partei [3]). An Stelle der in § 191 Nr. 6 für die Zustellungsurkunde des Gerichtsvollziehers vorgeschriebenen Notiz über die Aushändigung einer Ausfertigung oder Abschrift tritt in der Zustellungsurkunde des Postboten die Bezeugung, dass ein Briefumschlag mit Dienstsiegel und der zu bezeichnenden Adresse und Geschäftsnummer übergeben worden sei.

Von dieser Zustellungsurkunde hat der Postbote eine Abschrift zu nehmen und dem Empfänger auszuhändigen.

---

[1]) Vergl. dazu die Ausführungen oben, zu § 190, Abs. 2. Im übrigen greift § 190 nicht Platz, da die Bezeugungsurkunde des § 194 als Zustellungsurkunde im Rechtssinn nicht anzusehen ist. Als Zust.-Urkunde, deren Abschrift dem Adressaten zuzustellen ist, — (Unterlassung der Zustellung dieser Abschrift berührt aber die Gültigkeit des Zustellungsaktes nicht, vergl. die Ausführungen oben zu § 190, Abs, 3) — gilt nur die von dem Postboten nach § 195, Abs. 2 aufzunehmende Urkunde.

[2]) Seuffert, zu § 194, Note 1; zu § 190, Note 1 und 3; Gaupp-Stein, zu § 194, I u. II, zu § 190, II; Skon.-Gelpcke, zu § 194, Note 6.

[3]) R. G. 14, 392; 15, 412.

Jedoch ist die Übergabe der Abschrift für die Gültigkeit des Zustellungsaktes nicht wesentlich.[1])

Soweit wesentliche Erfordernisse einer Zustellung nach § 195 nicht gegeben sind, liegt Verletzung einer Verfahrensnorm und dadurch bewirkte Ungültigkeit der Zustellung vor, die Ungültigkeit kann aber nach § 295, Abs. 1 geheilt werden.[2])

Die Zustellung von Anwalt zu Anwalt normiert § 198. Seit der Novelle vom Jahr 1909 hat diese Zustellung nur noch für das Verfahren vor den Landgerichten und den höheren Instanzen Bedeutung, da im amtsgerichtlichen Verfahren die Zustellungen von amtswegen erfolgen. Bei der Zustellung von Anwalt zu Anwalt fehlt im Gegensatz zur gewöhnlichen Zustellung die amtliche Urkundsperson und sie vollzieht sich demnach ohne Vermittlung eines Dritten (Zustellungsbeamten.) Die Zustellung von Anwalt zu Anwalt setzt daher das Einverständnis des Anwalts, welchem zugestellt werden soll, voraus[3]) und es ist auch eine Ersatzzustellung nach den §§ 181—183, sowie die Anwendung des § 186 ausgeschlossen.[4]) Wird somit an eine Mittelsperson des Anwalts (Bureauvorsteher etc.) zugestellt, oder die Zustellung durch Einwerfen in einen Hausbriefkasten bewirkt, so ist dies als eine rechtsgültige Zustellung von Anwalt zu Anwalt nicht zu erachten, die Zustellung wird vielmehr erst mit dem Zeitpunkt wirksam, wann der empfangende Anwalt von der Zustellung Kenntnis erhält.[5]) Dagegen ist für die Gültigkeit der Zustellung nicht erforderlich, dass eine persönliche Übergabe des zuzustellenden Schriftstücks von einem Anwalt an den anderen erfolgt[6]), es ist vielmehr zulässig, dass der betreibende Anwalt die

[1]) Vergl. hiezu die Ausführungen oben zu § 190, S. 65 ff.

[2]) Gaupp-Stein, zu § 195 II und Vorbemerkung 4 zu § 166; Seuffert, zu § 195, Note 1.

[3]) Mot. zu E III, S. 154; S. A. 44, 95. Anderer Meinung. Wilm.-Levy.

[4]) R. G. 5, 414, 415; 8, 331, 332; 14, 349 ff.; J. W. 1896, S. 151[32]; Gruch. 41, 162; S. A. 38, 99; 44, 95, 45, 226.

[5]) R. G. 8, 332 ff.; S. A. 48, 100.

[6]) Francke, ZZP, 5, S. 385—387.

Urschrift mit der Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks unter der Adresse des Gegenanwalts zur Post giebt [1]) oder das zuzustellende Schriftstück durch den Gerichtsvollzieher übersendet. [2])

Im letzteren Falle hat der Gerichtsvollzieher das Schriftstück nur zu übergeben, nicht „zuzustellen". [3]) Gerichtsvollzieher und Gerichtsschreiber haben hier nur die Stellung eines Boten.

Eine Zustellung, bei welcher das Einverständnis des empfangenden Anwalts fehlt, ist ungültig, es kann aber die Nichtigkeit der Zustellung, da § 198 zwar wesentliches, aber dispositives Prozessrecht enthält, durch Nichtrüge bezw. Rügeverzicht gemäss § 295, Abs. 1 geheilt werden.

Weiterhin muss, damit eine ordnungsmässige Zustellung von Anwalt zu Anwalt vorliegt, das zuzustellende Schriftstück dem Anwalte in beglaubigter Abschrift [4]) übergeben und die erfolgte Übergabe beurkundet werden.

Der Zustellung an den Anwalt steht es gleich, wenn an einen nach § 25 RAO., bestellten Vertreter oder an den zuständigen Zustellungsbevollmächtigten nach § 19 RAO. zugestellt wird.

Die Beglaubigung der Abschrift des zuzustellenden Schriftstückes ist essentiell für die Gültigkeit des Zustellungsaktes. Der Mangel der Beglaubigung kann aber nach § 295, Abs. 1 behoben werden. [5])

Ebenso ist die Ausstellung des Empfangsbekenntnisses wesentliche Voraussetzung für die Gültigkeit der Zustellung, denn die Zustellung wird erst mit der Ausstellung des Empfangsbekenntnisses vollendet [6]) und zwar muss eine formgerechte Ausstellung des Empfangsbekenntnisses vor-

[1]) J. W. 1897. 231[5].

[2]) Gaupp-Stein, zu § 198, I; Seuffert zu § 198, Note 4; Skon.-Gelpcke, zu § 198, Note 3.

[3]) Gaupp-Stein, zu § 198, I.

[4]) Die beglaubigte Abschrift des zuzustellenden Schriftstückes kann durch die Übergabe der Urschrift ersetzt werden. R. G. 46, 362.

[5]) Vergl. dazu die Ausführungen oben, zu § 170, Seite 54 ff.

[6]) S. A. 48, Nr. 66; Sächs. Arch. 4, S. 113.

liegen, d. h. das Empfangsbekenntnis muss schriftlich erfolgen, datiert und mit Unterschrift des Anwalts versehen sein. Dass das Empfangsbekenntnis an einem späteren Tage als am Tage der Zustellung ausgestellt wurde [1]) oder bei dem Datum die Ortsangabe fehlt [2]), berührt die Gültigkeit der Zustellung nicht. Die Unterschrift des Anwalts wird ersetzt durch die eines nach der RAO., § 25, Abs. 1 und 2 aufgestellten Stellvertreters, welcher den Empfang auch dann noch bescheinigen kann, wenn der Anwalt vor Ablauf der Vertretungszeit seine Tätigkeit wieder aufgenommen hat [3]) sowie durch die Unterschrift eines gemäss § 19 RAO. aufgestellten Zustellungsbevollmächtigten.

Soweit der Anwalt eine andere Person zur Empfangnahme der Zustellung ermächtigt hat, ist diese zur Erteilung des Empfangsbekenntnisses nicht befugt, ebensowenig wie ein Gehilfe des Anwalts berechtigt ist, ein Empfangsbekenntnis auszustellen. [4])

Fehlt es daher an einem Empfangsbekenntnis oder ist die Ausstellung desselben nicht formgerecht, so ist die Zustellung rechtlich wirkungslos. Der Mangel kann aber nach § 295, Abs. 1 beseitigt werden. [5])

Eine andere Ansicht vertritt Skonietzki-Gelpcke, welcher das Unterlassen der Ausstellung eines Empfangsbekenntnisses auf die Gültigkeit des Zustellungsaktes als einflusslos erachtet, und dementsprechend auch in der formgerechten Ausfüllung des Empfangsbekenntnisses keinen die Gültigkeit der Zustellung selbst bedingenden Solennitätsakt erblickt. [6])

---

[1]) S. A. 58, Nr. 248; K. G. Rsp. 7, 278.

[2]) Naumb. Zeitung 1900, S. 74.

[3]) J. W. 1904, S. 144, Nr. 16; die Vertretereigenschaft eines Vertreters nach § 25, Abs. 1 und 2 RAO braucht nicht besonders kenntlich gemacht zu sein. Gruch. 47, 1155.

[4]) S. A. 54 Nr. 53.

[5]) Seuffert, zu § 198, N. 2; Gaupp-Stein, zu § 198, II, 1 und 2; R. G. 5, 414; 8, 332; 13, 367; 19, 423; 51, 163; Gruch. 47, 1153; J. W. 1900, 699; 1902, 419[8]; 1905, 150[34]; S. A. 58, 472.

[6]) Skon.-Gelpcke, zu § 198. Note 6c; Rsp. Bd. 1 S. 315, wonach mit der Übergabe der vom Anwalt beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks die Zustellung schon vollendet ist.

Nach dem Schlusssatze des § 198, Abs. 2, welcher durch die Novelle vom Jahr 1898 aufgenommen wurde, hat der zustellende Anwalt dem empfangenden auf Verlangen eine Bescheinigung über die Zustellung zu erteilen. Diese Bescheinigung gehört aber nicht zu dem Zustellungsakte und ihre Unterlassung berührt daher die Gültigkeit desselben nicht.

Die §§ 203—206 regeln die öffentliche Zustellung, (sog. Ediktalzitation), die eigentlich nur Ersatz einer Zustellung, fingierte Zustellung ist.[1]) Nach § 204, Abs. 2 erfolgt die öffentliche Zustellung durch Anheftung der zuzustellenden Ausfertigung oder einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks an die Gerichtstafel. Voraussetzung für die öffentliche Zustellung ist jedoch die Stellung eines Parteiantrags und richterliche Bewilligung. § 204, Abs. 1. Fehlt der Partei-Antrag und die richterliche Bewilligung, so ist die gleichwohl erfolgte Zustellung nichtig, sie kann aber im kontradiktorischen Verfahren durch Rügeverzicht nach § 295, Abs. 1 geheilt werden. Die Anheftung an die Gerichtstafel hat der Gerichtsschreiber vorzunehmen, hat jedoch, vom Gerichtsschreiber beauftragt, der Gerichtsdiener die Anheftung und den Aushang sowie die Bescheinigung derselben vorgenommen, so berührt dies die Gültigkeit der öffentlichen Zustellung nicht.[2])

Handelt es sich um Zustellung eines Schriftstücks mit Ladung, so ist neben der Anheftung des Schriftstücks ein Auszug aus demselben nach Vorschrift des § 204, Abs. 2 zweimal in die öffentlichen Blätter und einmal in den Reichsanzeiger einzurücken. Der Ladung im Sinne des § 204 gleich zu behandeln ist die Bekanntmachung des Termines. Das Fehlen eines dieser vier Akte bewirkt Ungültigkeit der öffentlichen Zustellung. Da aber die Beachtung der Verfahrensnormen des § 204 CPO der Parteidisposition unterstellt ist, so können eventuelle Mängel nach § 295, Abs. 1 beseitigt werden.

---

[1]) Seuffert, zu § 203, Fussnote 1.

[2]) R. G. 32, 400; Seuffert, zu § 204, Note 3.

In dem Auszuge des Schriftstücks müssen nach § 205 das Prozessgericht, die Parteien, der Gegenstand des Prozesses, der Antrag, der Zweck der Ladung und die Zeit, zu welcher der Geladene erscheinen soll, bezeichnet werden. Diese im § 205 aufgezählten Erfordernisse sind für die Gültigkeit der Zustellung essentiell. Fehlt auch nur eine dieser Angaben, so ist die öffentliche Zustellung unwirksam. Heilung des mangelhaften Zustellungsaktes tritt jedoch ein durch Rügeverzicht des Gegners nach § 295, Abs. 1.[1])

Die Zustellungen von amtswegen normieren die §§ 208 bis 213 CPO. Auf die von amtswegen zu bewirkenden Zustellungen finden die Vorschriften über die Zustellungen auf Betreiben der Parteien entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus den §§ 209—213 CPO. ein anderes ergibt.

Nicht anwendbar sind die Vorschriften der §§ 166 bis 169 CPO., welche durch § 209 verdrängt sind, sowie § 170, Abs. 2, welchen § 210 ersetzt, ferner nicht die §§ 190—194, — § 192 ist durch § 213, §§ 193—195 durch §§ 211, 212 ersetzt — §§ 196—198 und § 207.

Dagegen finden unmittelbare Anwendung die §§ 170, Abs. 1, 171—178, 180—198, sowie die Vorschriften über die Zustellung im Ausland und über die öffentliche Zustellung (§§ 203—206).

Soweit die Vorschriften über die Zustellungen auf Betreiben der Parteien bei den Zustellungen von amtswegen Platz greifen, gelten bezüglich der Frage, inwieweit wesentliches, aber dispositives Verfahrensrecht gegeben ist, die oben zu den betreffenden §§ gemachten Ausführungen.

Im besonderen ist zu den §§ 208—213 zu bemerken: nach § 210 hat die Beglaubigung der bei der Zustellung zu übergebenden Abschrift durch den Gerichtsschreiber zu erfolgen. Fehlt die Beglaubigung, so ist die Zustellung

[1]) Gaupp-Stein, zu § 205; Seuffert, zu § 205; Skon.-Gelpcke, Fussnote 1, zu § 205.

unwirksam; der Mangel kann aber geheilt werden gemäss § 295, Abs. 1.[1]) Die Beglaubigung hat der Gerichtsschreiber selbst vorzunehmen; würde der zustellende Gerichtsdiener mit der Beglaubigung beauftragt werden und auch tatsächlich beglaubigen, so würde dies die Gültigkeit der Zustellung beeinflussen, es kann aber auch hier Heilung nach § 295, Abs. 1 eintreten.

Ein Verstoss gegen die Vorschrift des § 210a, Abs. 1, S. 1 oder gegen § 210a, Abs. 2 macht die Zustellung ungültig, da die Innehaltung der Reihenfolge des § 210a Voraussetzung für die Rechtswirksamkeit der Zustellung ist. Ein solcher Zustellungsmangel kann aber, da der § 210a wesentliches, aber dispositives Prozessrecht enthält, nach § 295, Abs. 1 geheilt werden. Die Ungültigkeit der Zustellung berührt aber die Rechtswirksamkeit der Rechtsmitteleinlegung nicht, sie zieht lediglich nur die Ungültigkeit des weiteren Verfahrens, insbesondere die der Terminsanberaumung nach sich.[2])

Die Übergabe des zuzustellenden Schriftstücks erfolgt bei der Zustellung von amtswegen nach freier Wahl des Gerichtsschreibers in Gemässheit der Vorschrift des § 211, S. 1 durch einen Gerichtsdiener oder durch die Post, aber in allen Fällen in einem verschlossenen Briefumschlag. Der Briefumschlag hat den Vermerk „vereinfachte Zustellung" zu tragen. Dieser Vermerk ist wesentlich, weil der Empfänger nur aus diesem Vermerk ersieht, dass ihm zugestellt und nicht bloss übergeben wird[3]), der Mangel kann aber nach § 295, Abs. 1 behoben werden.

Nach § 212 ist die Zustellung durch den Gerichtsdiener oder durch den Postboten zu beurkunden. Die Zustellungsurkunde muss den Erfordernissen des § 195, Abs. 2 entsprechen, (§ 212). Fehlt die Beurkundung der Zustellung oder ist die Zustellung mangelhaft, so liegt ein unwirksamer Zustellungsakt vor. Die Unwirksamkeit der Zu-

---

[1]) Vergl. dazu die Ausführungen oben zu § 170 Seite 54 ff.

[2] Gaupp-Stein, zu § 210a, III; Skon.-Gelpcke, zu § 210a, Note 10.

[3]) Gaupp-Stein, zu § 211, I.

stellung kann aber durch Rügeverzicht oder Nichtrüge nach § 295, Abs. 1 beseitigt werden.[1])

Weiterhin ist der Tag der Zustellung auf dem Briefumschlage zu vermerken, den Vermerk „zugestellt am . . ." hat der Gerichtsdiener oder Postbote zu unterzeichnen und es gilt dieser Vermerk als Ersatz der Übergabe einer Abschrift der Zustellungsurkunde. Wie der Mangel der Übergabe einer Abschrift der Zustellungs-Urkunde die Gültigkeit der Zustellung nicht beeinflusst, ebensowenig macht das Fehlen des Vermerkes des Zustellungstages den Zustellungsakt rechtsunwirksam.[2]) Die Bestimmung, dass der Tag der Zustellung auf dem Briefumschlage zu vermerken ist, zählt daher nicht zu den Verfahrensnormen des § 295, Abs. 1.

Zu § 214ff CPO.

Bei der Ladung können sich Mängel hinsichtlich der Ladungsschrift und hinsichtlich des Zustellungsaktes ergeben.

Fehlt es an den Erfordernissen der Ladungschrift, so liegt eine ungültige Ladung vor. Erfordernisse der Ladung sind, abgesehen von den allgemeinen Erfordernissen des Schriftsatzes und der Zustellung, die schriftliche Aufforderung, im Termin zu erscheinen, die Bezeichnung der ladenden und geladenen Partei, des Verhandlungsgegenstandes, des Gerichts, vor welches geladen wird, die Angabe der Zeit des Termines und des Ladungszweckes.[3])

Hinsichtlich der Terminszeit und der Bezeichnung des Gerichts genügt die Bezugnahme auf die Terminsbestimmung des Vorsitzenden;[4]) desgleichen kommen bei Aufnahme der Ladung in einen Schriftsatz (§ 214, Abs. 2) die aufgezählten Erfordernisse insoweit in Wegfall, als

---

[1]) Vergl. dazu die Ausführungen oben zu § 190, zu § 191, zu § 195.

[2]) J. W. 1908, S. 277[16].

[3]) Gaupp-Stein, zu § 214, V u. II; Seuffert, zu § 214, Fussnote 1; Skon.-Gelpcke, zu § 214, Fussnote 1; Baron, im ZZP., Bd. 1, S. 409; Fortenbach, in ZZP, Bd. 8, S. 168; Gruch. Beitr. 25, 804; 29,4.

[4]) R. G. 6, S. 349.

schon der Schriftsatz die betreffenden Angaben enthält.[1])

Dagegen bildet kein Erfordernis für die Gültigkeit der Ladung der Gebrauch des Wortes „Ladung“ oder die ausdrückliche Aufforderung zum Erscheinen im Termin. Der Ausdruck „Ladung“ ist zwar der zweckdienlichste, aber er ist für die Gültigkeit der Ladung nicht wesentlich, es genügt, wenn aus dem Inhalte des Schriftsatzes unzweideutig sich die Ladung und die Aufforderung zum Erscheinen im Termin ergibt.[2])

Ebenso ist bei der Bezeichnung des Gerichts nicht erforderlich die Angabe der Gerichtsabteilung (Kammer, Senat u. s. w.)

Die Zustellung eines Schriftstückes, welches wohl eine Terminsbestimmung, aber keine Aufforderung zum Erscheinen enthält, und umgekehrt, die Zustellung eines Schriftstückes, in dem die Aufforderung zum Erscheinen, aber keine Terminsbestimmung steht, ist keine ordnungsgemässe Ladung.[3]) Ebenso entbehrt eine Ladung der Rechtswirksamkeit, wenn der Terminstag irrtümlicherweise so angegeben ist, dass der Wochentag mit dem Monatstage nicht übereinstimmt und vor Vollziehung der Ladung seitens der betreibenden Partei die Berichtigung nicht herbeigeführt wurde.[3])

Soweit nun Mängel der Ladungsschrift vorliegen, können aber diese Mängel, da die Verfahrungsnormen über die Ladung wesentlicher, jedoch dispositiver Natur sind, durch Nichtrüge, bezw. durch Rügeverzicht gemäss § 295, Abs. 1 behoben werden und zwar ohne Rücksicht auf die Be-

---

[1]) Gruch. Beitr. 25, 804.

[2]) R. G. 60, 273; Gruch. Beitr. 25, 803, 804; Gaupp-Stein, zu § 214, II; Seuffert, zu § 214, N. 1.

[3]) Gaupp-Stein, zu § 224, II; R. G. 2, 398; 3, 391; 4, 356; 13, 335; 55, 305; J. W. 1901, 750[5]; Bl. f. R. A. 60, 200; Recht, 1904, 107[504]; ZZP 19, 288—292.

Anderer Ansicht: Fitting, ZZP, 11, S. 29 ff.; Rsp. 13, 136.

deutung des Schriftsatzes, in welchen die Ladung aufzunehmen ist. [1])

Die Ladung erfolgt schriftlich durch Zustellung eines Schriftsatzes, welcher die Ladung enthält. Von einer rechtsförmlichen Ladung kann daher nur dann die Rede sein, wenn die Formvorschriften über die Art und Weise der Zustellung Beachtung gefunden haben. Wird demnach bei der Zustellung des die Ladung enthaltenden Schriftstücks gegen die Vorschriften über die Zustellung, §§ 166 ff., bezw. über die Ersatzzustellung, §§ 181 - 186, verstossen, so ist die Ladung ungültig vorbehaltlich der Bestimmung des § 187. Die Ungültigkeit kann aber auch hier nach § 295, Abs. 1 geheilt werden. [2])

Nach § 215 CPO. muss im Anwaltsprozess (§ 78, Abs. 1) jede Ladung die Aufforderung zur Anwaltsbestellung enthalten, wenn die Ladung nicht einem Rechtsanwalte zugestellt wird. Nur die Aufforderung zur Bestellung eines bei dem Prozessgerichte zugelassenen Anwaltes ist ein wesentliches Erfordernis der Ladung und die Nichtbeachtung dieser Vorschrift zieht die Rechtsunwirksamheit der Ladung nach sich. Im kontradiktorischen Verfahren kann aber die Ordnungswidrigkeit der Ladung geheilt werden durch Rügeverzicht nach § 295, Abs. 1. [3])

§ 216, Abs. 1 normiert, dass die Ladung zum Zwecke der Terminsbestimmung bei dem Gerichtsschreiber einzureichen ist. Erfolgte eine Ladung ohne vorgängige Er-

[1]) Gaupp-Stein, zu § 214, V; Seuffert, zu § 214, N. 1; zu § 216 N. 1a; Goldenring, ZZP. 9, 97, 98.

Anderer Meinung: Skon.-Gelpcke, zu § 214, N. 1, Abs. 3, welcher Heilung gemäss § 295, Abs. 1 nur insoweit zulässt, als die Ladung nicht in einen bestimmenden Schriftsatz aufzunehmen ist und die Ladung zu den für einen bestimmenden Schriftsatz geltenden Mussvorschriften gehört, denn hier richte sich die Heilbarkeit danach, ob die Verstösse gegen die betreffenden Mussvorschriften dem Rügeverzicht nach § 295 unterliegen oder nicht.

[2]) Vergl. dazu die Ausführungen oben zu §§ 166 ff, 181—186.

[3]) ZZP, 38, 237; Goldenring, ZZP, 9. S. 97, 98, nicht aber durch die blosse Tatsache, dass in dem Termin ein zugelassener Anwalt auftritt. — Andrer Ansicht: Heilbut, Arch. f. d. civil. Prax. 69, 384, 385.

wirkung der Terminsbestimmung, so ist sie unwirksam. Dem Fehlen der Terminsbestimmung ist gleich zu achten die Ladung zu einem zeitlich unmöglichen Termine [1]) oder die Ladung zu einem Termine, der inzwischen durch Zeitablauf überholt ist. [2])

Die Unwirksamkeit der Ladung ist aber heilbar nach § 295, Abs. 1. [3]) [4])

Zu § 224 CPO.

Gemäss § 224 CPO. können durch Vereinbarung der Parteien Fristen mit Ausnahme der Notfristen verlängert oder abgekürzt werden. Für die Vereinbarung ist keine besondere Form vorgeschrieben, sie braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden, sondern kann auch durch konkludente Handlungen getroffen werden. [5]) Liegt eine solche Vereinbarung vor, so ist die Nichteinhaltung der Frist im kontradiktorischen Verfahren nicht von amtswegen, sondern nur auf Rüge der Partei zu beachten. Wird der Mangel in der Verhandlung nicht gerügt, so gilt derselbe als durch Rügeverzicht des Gegners nach § 295, Abs. 1 als geheilt, da die Nichtrüge der verspäteten Prozesshandlung einer stillschweigenden Vereinbarung der Verlängerung der Frist gleich zu setzen ist. — § 224 enthält daher insoweit wesentliches, aber verzichtbares Verfahrensrecht. [6])

---

[1]) Faul, ZZP, 19, 290—292; Rspr. 13, 136.

Andrer Meinung: ZZP, 19, S. 288.

[2]) RG. 44, 351; 45, 424; J. W. 1901, 750[5].

[3]) Rspr. 9, 94; Recht 1904, S. 107, 504 und die Ausführungen oben zu § 214, Seite 77 ff.

[4]) Zu § 223 CPO, § 202, Abs. 2 GVG: Während der Dauer der Gerichtsferien dürfen nach GVG, § 202, Abs. 1 ausser in Feriensachen weder Termine abgehalten noch Entscheidungen erlassen werden. Wird gleichwohl ein Termin angesetzt und die Parteien erscheinen, ohne den Verfahrensmangel zu rügen, so ist sowohl Verhandlung als Entscheidung gültig. (§ 295, Abs. 1.)

Andrer Ansicht: RG, 31, S. 431, wonach die Vorschrift des § 202, Abs. 2 GVG als eine absolut gebietende bezeichnet ist.

[5]) J. W. 1885, 217.[1]

[6]) R. G. 37, 378; 47, 398, 399; J. W. 1899, S. 92[18]; S. A. Bd. 39, S. 218.

Zu § 230—238 CPO.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand muss enthalten die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen, die Angaben der Mittel für deren Glaubhaftmachung, die Nachholung der versäumten Prozesshandlung, oder, wenn diese bereits nachgeholt ist, die Bezugnahme darauf. § 236, Abs. 1. Diese in Nr. 1—3 des § 236, Abs. 1 aufgezählten Erfordernisse sind für den Antrag wesentlich, mangelt eines dieser Erfordernisse, so ist der Restitutionsantrag unzulässig. Der Mangel kann angesichts des die Parteidisposition ausschliessenden § 234, Abs. 2, Halbs. 2 nicht durch Rügeverzicht nach § 295, Abs. 1, behoben, sondern nur durch rechtzeitige, d. h. innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist erfolgende Nachholung des fehlenden geheilt werden.[1]) Dies ergibt sich auch aus § 238, Abs. 2, wonach auf die Entscheidung über die Zulässigkeit des Antrags und auf die Anfechtung der Entscheidung die Vorschriften, welche in diesen Beziehungen für die nachgeholte Prozesshandlung gelten, Anwendung finden. Es ist die Zulässigkeit des Wiedereinsetzungs-Antrags von amtswegen zu prüfen bezüglich des Einspruchs, der Berufung, der Revision, der Beschwerde und der Wiederaufnahme-Klage, §§ 341; 335; 554a; 566; 574, Abs. 1; 569, Abs. 1; ebenso in den Fällen der §§ 104, 466, 958, 1044, was sich aus der Natur der Notfrist als einer der Parteiverfügung entzogenen Frist ergibt; sonst hätten ja die Parteien die Möglichkeit, auf dem Umwege der Wiedereinsetzung die Notfrist zu verlängern. Die Offizialprüfung erstreckt sich sowohl auf das Vorhandensein der gesetzlichen Wiedereinsetzungsgründe, §§ 233, 235, auf die Glaubhaftmachung der dafür massgebenden Tatsachen, § 236, als auch auf die Beobachtung der in § 236 vorgeschriebenen Formalien. Aus dieser Prüfung ex officio folgt nun, dass die zur Begründung der Zulässigkeit und Rechtzeitigkeit des Restitutionsantrages behaupteten Tat-

[1]) R. G. 31, 401, 402; J. W. 1893, 305[2].

sachen weder durch Geständnis noch durch Verzicht nach § 295, Abs. 1 der richterlichen Prüfung entzogen und Mängel hinsichtlich der Formalien des Antrages nicht nach § 295, Abs. 1 behoben werden können.[1])

Zu § 239—252 CPO.

Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens.

Nach § 249, Abs. 2 sind die während der Unterbrechung oder Aussetzung von einer Partei in Ansehung der Hauptsache vorgenommenen Prozesshandlungen der anderen Partei gegenüber ohne rechtliche Wirkung. Hieraus folgt, dass § 249, Abs. 2 sich nur auf die dem Gerichte oder dem Gegner gegenüber vorzunehmenden Prozesshandlungen bezieht, nicht aber auf jene prozessualen Handlungen rechtsgeschäftlichen Inhalts, welche entweder der Vorbereitung des Prozessbetriebes dienen, wie z. B. die Erteilung einer Prozessvollmacht[2]), eines Zustellungsauftrags, oder neben dem Prozessbetriebe einhergehen, wie die Streitverkündung, oder auf Beilegung des Rechtsstreits ohne Urteil gerichtet sind, wie der Rechtsmittel- oder Einspruchs-Verzicht;[3]) [4]) ferner ergibt sich aus § 249, Abs. 2, dass die Parteihandlungen nur der anderen Partei gegenüber unwirksam, nicht nichtig sind. Daraus resultiert, dass die Partei, von der die unwirksame Prozesshandlung ausgegangen ist, überhaupt kein Rügerecht hat, selbst dann nicht, wenn sie vom Mangel keine Kenntnis besass, sondern ihre eigenen Handlungen gegen sich gelten lassen muss, dass eine Prüfung des Mangels von amtswegen nicht stattfindet und dass der Mangel nur von dem gerügt werden

[1]) Wilm.-Levy, zu § 216 alt, Note 2; Gaupp-Stein, zu § 238, I, § 236, IV; Seuffert, zu § 238, Note 2; Petersen, zu § 228, Fussnote 2; Struckmann-Koch, zu § 238, Note 3.

[2]) J. W. 1886, 226[5].

[3]) RG. 45, 324.

[4]) In der „Klage-" oder „Rechtsmittel-"Zurücknahme oder in der Zurücknahme des Einspruchs — Dispositionsakte der Partei, welche den Charakter einer Prozesshandlung haben, — liegt zugleich stillschweigend die Aufnahme-Erklärung, S. A. 41, Nr. 140.

kann, dem gegenüber die Prozesshandlung vorgenommen wurde. Es kann daher auch die nach § 249, Abs. 2 eingetretene Unwirksamkeit durch Rügeverzicht oder Nichtrüge nach § 295, Abs. 1 geheilt werden,[1][2] es sei denn, dass die Partei inzwischen die unwirksame Handlung durch eine wirksame ersetzt hat[3] oder die Unwirksamkeit bereits durch richterliche Entscheidung festgestellt ist.[4] § 295, Abs. 1 findet auch dann Anwendung, wenn es sich um eine die Rechtsmittelfrist oder Einspruchsfrist in Lauf setzende Urteilszustellung handelt, da hiebei nicht die unverzichtbaren Förmlichkeiten des Rechtsmittels oder des Einspruchs, sondern seine Wirkungen gegenüber der Gegenpartei in Frage stehen.[5][6]

[1]) R. G. 14, 334; 51, 97; J. W. 1907, S. 839[19]; ZZP 39, 509 hinsichtlich der Eidesleistung, wo ausgeführt ist, dass von einer nochmaligen Eidesabnahme abzusehen sei, wenn nur ein formaler Fehler zur Eidesabnahme geführt hat, und wenn der Gegner, obwohl er bei der Eidesleistung im Termine anwesend war und Gelegenheit zur Rüge hatte, den formalen Fehler nicht beanstandete.

[2]) In der Aufnahme des Verfahrens liegt an sich kein Verzicht auf das Rügerecht. J. W. 1907, S. 713[24].

[3]) R. G. 37, S. 353.

[4]) In Abwesenheit des Rügeberechtigten ist die Unwirksamkeit von amtswegen zu berücksichtigen.

[5]) Gaupp-Stein, zu § 249, III; Seuffert, zu § 249, 2c; R. G. 14, 333; 51, 95. Andrer Meinung: R. G. 10, 346; 11, 370.

[6]) Wird nach der durch die Konkurseröffnung eingetretenen Unterbrechung des Prozesses das erstinstanzielle Urteil dem Prozessbevollmächtigten des Gemeinschuldners, welcher zur Empfangnahme von Zustellungen in dem die Konkursmasse betreffenden Rechtstreit überhaupt nicht mehr befugt war, zugestellt, und wurde dieser Verfahrensmangel vom Konkursverwalter nicht gerügt, so frägt es sich, ob diese Nichtrüge Heilung des Mangels nach § 295, Abs. 1 bewirkte. Da hier — abgesehen davon, dass die Zustellung vor Aufnahme des Prozesses durch den Konkursverwalter überhaupt nicht hätte erfolgen dürfen — ein Mangel der Zustellung auch insbesondere darin zu finden ist, dass dieselbe an eine zur Empfangnahme der Zustellung überhaupt nicht legitimierte Person erfolgte, muss der Verzicht auf die Rüge der ordnungswidrigen Zustellung als nach § 295, Abs. 2 unzulässig angesehen werden, weil die Parteien es sonsten in Händen hätten, eine Zustellung zu fingieren, wodurch die Möglichkeit, die Wahrung der Notfrist zu kontrollieren, völlig beseitigt würde. Rspr. 19, S. 202.

Dafür, ob auch die Handlungen des Gerichts (einschliesslich der Entscheidungen) nach der Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens wirkungslos sind, enthält § 249, Abs. 2 keinen Anhaltspunkt. Es ist dies aber unmittelbar aus § 249, Abs. 3 zu schliessen, ergibt sich auch, soweit sie auf einer unwirksamen Parteihandlung beruhen, aus der Unwirksamkeit der zu Grunde liegenden Parteihandlung,[1]) ist überdies auch unstreitig.[2]) Diese Unwirksamkeit begründet keine Nichtigkeit, sondern nur die Anfechtbarkeit der gerichtlichen Handlungen. Solche Handlungen sind nur der Partei gegenüber, auf deren Seite die Unterbrechung eingetreten ist, unwirksam. Nach Seuffert[3]) kann nun die berechtigte Partei die Unwirksamkeit der gerichtlichen Handlungen ohne Rücksicht darauf, ob es sich um eine Entscheidung oder um eine gerichtliche Handlung dreht, welche nicht in einer Entscheidung besteht, durch Rügeverzicht bezw. Nichtrüge nach § 295, Abs. 1 heilen. Anderer Ansicht ist teilweise Gaupp-Stein,[4]) welcher die Anfechtbarkeit der Entscheidungen nur durch ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung der unvertretenen Partei heilen lässt, diese Genehmigung aber nicht unter § 295, Abs. 1 subsumiert, dagegen bei den gerichtlichen Handlungen, soweit sie nicht in Entscheidungen bestehen, wie Beweisaufnahme, Zustellungen und Ladungen von amtswegen u. s. w. Heilung des Verfahrensmangels nicht durch Genehmigung, sondern nur nach § 295, Abs. 1 durch Nichtrüge in der Verhandlung eintreten lässt.[5])

---

[1]) R. G. 45, S. 326 ff.; 64, S. 362.

[2]) Beratung und Beschlussfassung sowie sonstige innere Akte des Gerichts werden durch § 249 nicht berührt, Jäger ZZP., Bd. 40, S. 140.

[3]) Zu § 249, 2d.

[4]) Zu § 249, IV, 2.

[5] Während Struckmann-Koch, § 249, N. 3, und Petersen, § 249, N. 3, bei Unwirksamkeit gerichtlicher Handlungen jeder Partei das Rügerecht geben und die Unwirksamkeit demnach nur durch beiderseitigen Verzicht auf das Rügerecht beheben lassen, erachten Gaupp-Stein und Seuffert bei Unterbrechung des Prozesses nur die Partei für rügeberechtigt, der gegenüber die unwirksame Prozesshandlung vorgenommen wurde. Im Falle der

Die Aufnahme eines unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens erfolgt in den Fällen der §§ 239, 240, 242, 243, 2. Halbs., 246, Abs. 2 und die Anzeige in den Fällen der §§ 241, 243, 1. Halbs., 244 durch Zustellung eines Schriftsatzes, welcher ausdrücklich die Erklärung der Aufnahme enthält[1]) oder wenigstens aus der Vornahme einer auf den Fortgang des Prozesses gerichteten Prozesshandlung den Aufnahmewillen erkennen lässt.[2]) Die Schriftsatzzustellung ist für die Aufnahme des Verfahrens nach § 250 wesentliches Erfordernis. Fraglich ist nur, ob § 250 der Parteidisposition Raum lässt in dem Sinn, dass seitens der Partei auf die Nichtbeachtung des § 250 nach § 295, Abs. 1 rechtswirksam verzichtet werden kann. Dies ist zu bejahen und ergibt sich daraus, dass die Aufnahme-Erklärung dem Anwesenden gegenüber in der mündlichen Verhandlung auch ohne Schriftsatz abgegeben werden und ebenso die Anzeige im Verhandlungstermin mündlich erfolgen kann, sei es, dass die Parteien in dem schon vor Unterbrechung anberaumten Termine erscheinen, oder sei es, dass der zur Aufnahme geladene Rechtsnachfolger (§ 239, Abs. 2 und 3) im Verhandlungstermine die Aufnahme ausdrücklich erklärt oder durch konkludente Handlungen den Aufnahmewillen zu erkennen gibt.[3]) Es gehört daher der Mangel der Schriftsatzzustellung zu den verzichtbaren im Sinne des § 295, Abs. 1 und es kann die Verletzung des § 250 durch Rügeverzicht oder Nichtrüge geheilt werden.[4])

Aussetzung bedarf es nach Gaupp-Stein zur Heilung der Unwirksamkeit der Zustimmung bezw. des Rügeverzichts beider Parteien, da nicht bloss die unvertretene, sondern infolge der Aussetzung die vertretene Partei passiv bleiben konnte.

[1]) R. G. 13, 316; 41, 403.

[2]) R. G. 14, 334; Gruch. 48, 1092 ff.

[3]) In den Mot. 179 ist der Schriftsatz-Zustellung gleichgestellt die mündliche Erklärung der Aufnahme oder Anzeige im Verhandlungstermin; vgl. auch R. G. 41, 405; 52, 347; 62, 27; S. A. 43, 357; Arch. f. d. civ. Prax. 68, 407, 408; J. W. 08, 305.

[4]) R. G. 14, 384; 51, 97; 52, 347 ff.; S. A. 62, Nr. 101; J. W. 1902, 423 [27].

Da die Zustellung des Aufnahme-Schriftsatzes eine empfangsbedürftige Prozesshandlung darstellt, deren Adressat nicht das Gericht, sondern der Gegner ist und an dieser Rechtsauffassung auch durch den Übergang zum Amtsbetrieb im amtsgerichtlichen Prozess und durch die veränderte Einlegung der Rechtsmittel und des Einspruchs nichts geändert wurde, so kann die blosse Einlegung eines Rechtsmittels oder des Einspruchs zur Aufnahme des Prozesses nicht genügen und es ist auch die Verbindung des Aufnahmeschriftsatzes mit der Einlegung des Rechtsmittels, bezw. Einspruchs oder die Erklärung der Aufnahme in der Rechtsmittel- oder Einspruchsschrift als unstatthaft zu erachten, da die Aufnahme des Verfahrens diesen Prozessakten vorauszugehen hat.[1]) Zählt jedoch, wie oben dargelegt, § 250 zu den Verfahrensnormen des § 295, Abs. 1, so ist, wenn eine Rechtsmittel- oder Einspruchseinlegung ohne vorherige Aufnahme des Verfahrens mittels Zustellung eines Aufnahmeschriftsatzes erfolgte und in der mündlichen Verhandlung dieser Mangel nicht gerügt wird, auch in diesen Fällen die Verletzung der Vorschrift des § 250 als durch Nichtrüge geheilt zu erachten.[2])[3])

Zu § 253—300 CPO.

Verfahren bis zum Urteil.

Die Erhebung der Klage erfolgt nach § 253, Abs. 1 CPO. durch Zustellung eines Schriftsatzes. Die Klageschrift muss die in § 253, Abs. 2, Nr. 1—3 aufgezählten Erfordernisse erfüllen.

---

[1]) R. G. 30, 409 (hinsichtl. der Beschwerde); 66, 399 ff.; 68, 255 (hinsichtlich der Revision). Andrer Meinung: Seuffert, zu § 250, N. 2, welcher die Einfügung der Aufnahmeerklärung in die Rechtsmittel- oder Einspruchsschrift für zulässig hält und die oben vertretene Auffassung als eine zu formalistische ablehnt.

[2]) R. G. 51, 98; 66, 401; KG.-Rspr. 19, 136.

[3]) Soweit Mängel hinsichtlich der Zustellung des Aufnahmeschriftsatzes vorliegen, können diese nach den oben zu §§ 166 ff. gemachten Ausführungen geheilt werden.

Nach § 253, Abs. 2, Ziff. 1 muss die Klageschrift enthalten die Bezeichnung der Parteien und des Gerichts. Zweck dieser Bestimmung ist, dass durch die Bezeichnung jeder Zweifel über die Identität und Stellung als Partei behoben wird.[1]) Die Angabe von Vorname, Stand und Gewerbe ist nur dann erforderlich, wenn es in einem Orte mehrere Personen desselben Namens oder Gewerbes gibt.[2]) Ist der Prozessbevollmächtigte[3]) oder gesetzliche Vertreter[4]) oder ein nicht parteifähiger Verein[5]) in der Klageschrift allein bezeichnet, so widerspricht dies der Vorschrift des § 253, Nr. 1, da die Benennung bestimmter Personen als Partei in der Klage unerlässlich ist. Bei Kaufleuten genügt jedoch nach HGB. § 17, Abs. 2 die Angabe der Firma.

Fehlt in der Klageschrift die Bezeichnung des gesetzlichen Vertreters oder des Anwalts, so berührt dieser Mangel die Gültigkeit der Klageerhebung nicht, denn die Bezeichnung des gesetzlichen Vertreters oder Anwalts ist bloss instruktioneller Natur.[6])

Bei der Bezeichnung des Gerichts ist die Angabe der Kammer, vor welche die Sache gehört,[7]) nur dann erforderlich, wenn die Klage vor die Kammer für Handelssachen gebracht werden soll, da ein dahin gehender Antrag ausdrücklich in die Klageschrift aufzunehmen ist.[8])

Weiter muss die Klage nach § 253, Nr. 2 enthalten die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs sowie einen bestimmten Klagantrag, nach § 253, Nr. 3 die Ladung des Beklagten vor das Prozessgericht zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreites.

---

[1]) J. W. 1901, S. 168; Rspr. 17, 147.

[2]) R. G. 6., 349; Bl. f. R. A. 71, 641.

[3]) S. A. 54, Nr. 59; J. W, 1898, S. 144; 1899, S. 202, 484; 1905, S. 233; 1906, 394; Gruch. 42, 1192.

Andrer Ansicht: S. A. 52, Nr. 194; Hellwig, 2, 303 ff.

[4]) z. B. eine Behörde, J. W. 1899, 826; 1901, S. 168 ff.

[5]) Gruch. 43, 747.

[6]) J. W. 1906, S. 67[19].

[7]) GVG. §§ 59, 62.

[8]) GVG. § 102.

Unwirksam ist somit die Klageerhebung dann, wenn die Parteien ungenügend bezeichnet sind[1]) oder der Klagegrund ungenügend angegeben ist,[2]) wenn ferner eine richterliche Terminsbestimmung für die in Ziff. 3 vorgesehene Ladung nicht erwirkt wird[3]) oder wenn die Ladung überhaupt mangelhaft ist.[4])

Mängel der dem Beklagten zugestellten Klageschrift, sei es dass die Abschrift nicht gehörig beglaubigt[5]) oder dass in der beglaubigten Abschrift der Vermerk der Terminsbestimmung fehlt,[6]) bewirken gleichfalls die Ungültigkeit der Klagerhebung.

Ein wesentlicher Mangel der Klagerhebung liegt im Anwaltsprozess auch dann vor, wenn ein Klageschriftsatz überhaupt nicht zugestellt ist, sondern die Klage nur in der mündlichen Verhandlung vorgetragen wird.[7])

Ebenso ist der Zustellungsakt des Klageschriftsatzes fehlerhaft, wenn an einen nicht legitimierten Anwalt[8]) oder an eine als gesetzlichen Vertreter nicht legitimierte Person[9]) zugestellt oder wenn unzulässigerweise Ersatzzustellung vorgenommen wurde.[10])[11])

Die Ladung ist in den Klageschriftsatz nach § 214, Abs. 2 aufzunehmen und es muss, da zur ordnungsgemässen Ladung auch die Angabe der ladenden Partei gehört, die Klageschrift unterzeichnet sein, sei es von der Partei, ihrem

---

[1]) R. G. 94, 62[5].

[2]) J. W. 1894, 278[4].

[3]) R. G. 9, 388; anderer Meinung: Reuling, J. W. 1883, S. 57.

[4]) J. W. 1887, 271[6].

[5]) J. W. 1891, 178[2].

[6]) R. G. 18, 335; S. A. 40, 98.

[7]) R. G. 45, 297; J, W. 1886, 346[3]; S. A. 56, 374.

Anderer Meinung: Kohler, Prozess als Rechtsverhältnis, 1888, S. 35, Anm.

[8]) J. W. 1897, 52[12].

[9]) Gruch. Beitr. 50, 1062.

[10]) R. G. 14, 338; 21, 389; 34, 394; 44, 351; J. W. 1888, 406[3]; 1903, 236[2]; Gruch 47, 1100.

[11]) Im übrigen vergleiche bezgl. der Zustellung die Ausführungen oben zu §§ 166 ff., 181—186, 187.

gesetzlichen Vertreter oder ihrem Prozessbevollmächtigten, im Anwaltsprozess vom Anwalt.[1]) Kein wesentliches Erfordernis ist dagegen die Aufforderung zur Bestellung eines Anwalts (§ 215 CPO.). Der Mangel der Aufforderung beeinträchtigt die Gültigkeit der Klagerhebung nicht, sondern verhindert nur die Erlassung eines Versäumnisurteils.[2])

Lediglich instruktionell für die Klageschrift ist die Angabe des Wertes des Streitgegenstandes, wenn davon die Zuständigkeit des Gerichts abhängt, § 253, Abs. 3, sowie die Beobachtung der allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze, § 253, Abs. 4[3]).

Fehlt nun eines der oben aufgezählten, für die Klageerhebung wesentlichen Erfordernisse, so ist dieselbe rechtsunwirksam. Ob bei Verletzung der Formvorschriften des § 253 die Rechtsunwirksamkeit der Klageerhebung nach § 295, Abs. 1 behoben werden kann, hängt von der Entscheidung der Frage ab, ob diese Formvorschriften im Interesse der Partei gegeben sind oder vorwiegend öffentlichen Interessen dienen, ob also § 253 wesentliches, aber dispositives Verfahrensrecht darstellt oder ob es sich im § 253 um absolutes, dem Parteiverzicht entzogenes Prozessrecht handelt.

Die Frage ist bestritten.

Die Annahme, dass die Vorschriften der CPO. über die Klagerhebung absolut zwingender Natur seien, so dass auf deren Befolgung parteiseitig nicht verzichtet werden

---

[1]) Mot. E III, 182; Wilm-Levy, Note 7 zu § 230 ä. F.; Seuffert, zu § 253, Note 4a; Struckmann-Koch, zu § 253, Note 10; Petersen, zu § 253, Note 16; Wach, Handbch., I, S. 612.

Anderer Meinung: Hellmann, Lehrbuch, S. 394; teilweise Planck, Lehrbuch, II, S. 122. — Die Unterschrift muss handschriftlich geschehen, darf also nicht auf mechanischem Wege hergestellt sein, Mot 182; R. G. 11, 377; anderer Ansicht: Schwalbach, Arch. f. d. civ. Prax. 63, 427; Pfizer, ZZP. 20, 165—170.

[2]) Seuffert, zu § 253, Note 4, A.

Anderer Meinung: Skon.-Gelpcke, Note 4 zu § 255; Bad. Ann. 51, 110, 111; Goldenring, ZZP, 9, S. 97.

[3]) Die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze sind enthalten in den §§ 130, 131 CPO.

kann, wird vertreten in der Entscheidung des Oberlandesgerichts Kassel[1]), welche sich auf Reinke, CPO. und auf Fitting[2]) beruft, ferner insbesondere von Schwalbach[3]), Goldenring[4]), Alexander Katz[5]) und Nessel[6]). Alle diese Autoren legen der Vorschrift des § 230, Nr. 1 und 2 ä. F. (§ 253, Nr. 1 und 2 n. F.) den Charakter einer unverzichtbaren Mussvorschrift bei, weil diese Bestimmungen im öffentlichen Interesse gegeben seien und verlangen hinsichtlich dieser Voraussetzungen die Prüfung von amtswegen.

Fitting folgert noch weiter, die gegenteilige Ansicht führe zu der Konsequenz, dass die Parteien kraft Übereinkunft im Anwaltsprozess ebenso wie im Parteiprozess auch ohne jede schriftliche Klagerhebung zur Verhandlung des Rechtsstreits vor Gericht erscheinen können. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass ohne Terminsanberaumung eine Verhandlung im Anwaltsprozess ausgeschlossen ist, und dass die Terminsansetzung im anhängigen Rechtsstreit nur auf die einzureichende Ladung oder für den anhängig zu machenden auf die einzureichende Klageschrift stattfindet.[7])

Auch der vom Oberlandesgericht Kassel[8]) für die Unverzichtbarkeit der Vorschriften des § 253, Nr. 1 und 2 weiter angeführte Grund, dass die Tatsache der Klagerhebung wegen der daraus entspringenden Rechtswirkungen feststehen müsse, vermag nicht durchzudringen,[7]) da ja die Rechtshängigkeit, falls der Anspruch in der zugestellten Klage noch nicht erhoben ist, erst mit der Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung eintritt. § 281 CPO.[9])

---

[1]) Seuff. Arch., 48, S. 460 ff.
[2]) ZZP., 11, S. 31—35.
[3]) Arch. f. d. civ. Prax., 64, 276.
[4]) ZZP., 9, S. 95—97.
[5]) Schriftsätze und Anwaltszwang, 1883, S. 28.
[6]) Gruch., Bd. 30, S. 179, 180.
[7]) R. G. 49, S. 279.
[8]) Seuff. Arch. 48, S. 460 ff.
[9]) Cfr. Hellmann, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozesses, S. 419, 420.

Die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts[1]) welcher in der Litteratur[2]) überwiegend zugestimmt wird, sieht in den Erfordernissen der Klagerhebung nach § 253 CPO. zwar zwingende, aber nicht im öffentlichen, sondern im Interesse des Beklagten erlassene Formvorschriften, deren Beachtung eine Prüfung von amtswegen weder bei der Terminsbestimmung noch in der mündlichen Verhandlung erfordert, soferne der Beklagte erschienen ist und den Mangel nicht gerügt hat. Treffend führt Gaupp-Stein[3]) aus, dass die Möglichkeit der Heilung bei Verletzung des § 253 nach § 295, Abs. 1 nicht sowohl per argumentum e contrario aus §§ 341, 535, 554a, 589 folgt, als vielmehr per argumentum a potiori daraus, dass ja der Beklagte eine Klage-Änderung, d. h. das nachträgliche mündliche Vorbringen wesentlicher Bestandteile der Klage, nach §§ 264, 269, 257 selbst noch in der 2. Instanz gestatten kann.

Geht man aber davon aus, dass die Mängel der Klageerhebung durch widerspruchslosen Vortrag in der mündlichen Verhandlung geheilt werden können, so ist auch die Folgerung gerechtfertigt, dass in der mündlichen Verhandlung eine Änderung der Prozessubjekte, soferne der Änderung nicht in der mündlichen Verhandlung widersprochen wird, nach § 295, Abs. 1 herbeigeführt werden kann, sei es, dass ein neuer Kläger oder ein neuer Beklagter in den Rechtsstreit eintritt.[4])

---

[1]) R. G. 9, 69; 13, 337; 14, 338; 22, 419; 33, 373; 34, 396; 39, 292; 45, 397, 425; 49, 376; J. W. 1894, 62[5], 278[4]; 1896, 171[3]; 1897, 52[12]; ebenso OLG. Braunschweig, S. A. 48, 222; OLG. Marienwerder, S. A. 56, 372; Petersen, ZZP., 3, 425, Anm. 40; Gruch. 28, 756; Reuling, J. W. 1883, 59, Anm.; Bad. Anm. 51, 111; Pfizer, Gruch. 31, 12, 25.

[2]) Wilm.-Levy, zu § 230, ä. F., Note 2; Gaupp-Stein, zu § 253, IV; Seuffert, zu § 253, Note 4, A; Skon.-Gelpcke, Note 4, B, b; Struckmann-Koch, zu § 253, Note 8; Neumiller, § 253; Freudental, zu § 253, Note 3 und 5; Planck, Lehrbuch des Deutsch. Civilprozesses, II, 125; Schmidt, Klage-Änderung, S. 145, N. 1.

[3]) Zu § 253, IV.

[4]) R. G. 49, 379ff.; R. G. 33, 372; Gaupp-Stein, zu § 268, N. 8; Seuffert, zu § 240, N. 2; Petersen-Anger, zu § 253, N. 14; Schmidt, Klag-

Die Heilung nach § 295, Abs. 1 bewirkt, dass die Klage als in dem Zeitpunkt ordnungsgemäss erhoben gilt, als sie tatsächlich erhoben wurde; die prozessrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit wie auch die materiellrechtlichen treten mit dem Zeitpunkte der Zustellung ein und zwar nicht nur im Verhältnis zum Beklagten, sondern auch zu Dritten.[1])

Ist die Einlassungsfrist des § 262, Abs. 1 nicht gewahrt[2]) so begründet dieser Verfahrensmangel nicht die Ungültigkeit der Klageerhebung. Es kann nur gegen den nicht erschienenen Beklagten Versäumnisurteil nicht erlassen werden.[3])

Nach § 262, Abs. 2 hat der Vorsitzende bei einer Zustellung im Auslande die Einlassungsfrist bei Festsetzung des Termins zu bestimmen. Ist nun die Zustellung im Auslande ohne vorgängige richterliche Bestimmung der Einlassungsfrist erfolgt, so ist die Zustellung rechtsunwirksam. § 262, Abs. 2 enthält zwar wesentliches Prozessrecht, lässt aber der Parteidisposition insofern Raum, als nach § 295, Abs. 1 dieser Verfahrensmangel geheilt werden kann.[4])

Prozesshindernde Einreden sind gleichzeitig und vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorzubringen. (§ 274, Abs. 1.)

Gemäss § 274, Abs. 3 können prozesshindernde Einreden nach dem Beginn der mündlichen Verhandlung des

---

änderung, S. 210. Andrer Meinung: Oberlandes-Gericht Cassel, S. A. 48, 460ff.; Kleinfeller, Jur. Monatsschrift, Bd. 3, S. 139ff.

[1]) Gaupp-Stein, zu § 253, IV; Seuffert, zu § 253, N. 4, A.

Andrer Meinung: Skon.-Gelpcke, zu § 253, Note 4, B, b, welcher eine Rückwirkung der Heilung nur dann eintreten lässt, wenn der geheilte Mangel in einem Zustellungs- oder Ladungsmangel bestand und die Rückwirkung sich nicht auf das materielle Recht erstrecken lässt.

[2]) Sei es infolge Terminsbestimmung seitens des Vorsitzenden oder einer Verzögerung der Zustellung.

[3]) Gaupp-Stein, zu § 262, III, zu §§ 214, V, 335, III; Seuffert, zu § 262, N. 3; Wilm.-Levy, zu § 234 ä. F., N. 1; Pfizer, Gruch. 31, 15.

[4]) Petersen-Anger, zu § 262, N. 1; Struckmann-Koch, zu § 262, N. 4. Andrer Meinung: Skon.-Gelpcke, zu § 262, N. 9.

Beklagten zur Hauptsache nur geltend gemacht werden, wenn die Einreden für den Beklagten unverzichtbar sind oder wenn der Beklagte glaubhaft macht, dass er schuldloser Weise dieselben vor der Verhandlung zur Hauptsache nicht vorbringen konnte.

§ 274, Abs. 1 und Abs. 3 sind Verfahrensnormen dispositiver Natur. Es können daher Einreden, selbst wenn die Voraussetzungen des § 274, Abs. 3 nicht gegeben sind, auch später noch geltend gemacht werden, soferne der Kläger die Nachholung dem Beklagten gestattet. Darnach können auch gemäss § 295,1 bei widerspruchslosem Verhalten des Klägers trotz Fehlens der Voraussetzungen des Abs. 3 prozesshindernde Einreden auch nach dem Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache erhoben werden.[1])

Berücksichtigt das Gericht im landgerichtlichen Verfahren[2]) bei seiner Entscheidung Anträge, welche unter Nichtbeachtung des § 297, Abs. 1—3 gestellt sind, so adjudiziert das Gericht den Parteien, was sie (formgerecht) nicht beantragt haben. Ein solcher Zuspruch begründet aber einen Verstoss gegen § 308[3]) und ist demzufolge ein Berufungs- und Revisionsgrund.[4]) Die Berücksichtigung solcher Anträge ergibt einen wesentlichen Verfahrensmangel, der dem Parteiverzichte nicht unterstellt ist und daher auch nicht nach § 295, Abs. 1 geheilt werden kann.[5])

[1]) R. G. 58, 151 ff.; J. W. 1910, S. 828; Rspr. 9, S. 101; Wilm.-Levy, zu § 247 ä. F., Note 5; Struckmann-Koch, zu § 274, Note 12; Wach, civ. Arch. 64, S. 212.

Andrer Meinung: Seuffert, zu § 274, Note 10 und Görres, ZZP. 34, S. 95. Anm. 177, welche ohne die vom Gesetz verlangte Glaubhaftmachung die Nachholung auch dann nicht gestatten, wenn der Kläger sie erlaubt, da die Parteien über die Rechtzeitigkeit einer Prozesshandlung nicht verfügen können.

[2]) Die Vorschriften des § 297 gelten nicht im Verfahren vor den Amtsgerichten § 507.

[3]) J. W. 1883, S. 77[14].

[4]) S. A. 45, 475; J. W. 1890, S. 370[2].

[5]) OLG. Rostock, Meckl. Z. 12, 44; S. A. 49, 99; Fitting, ZZP. 11, 39; Nessel, Gruch., 30, 184; Gaupp-Stein, zu § 297, IV; Seuffert, zu § 297, N. 4, 5; Skon.-Gelpcke, zu § 297.

Zu 300 ff. CPO.
(Urteil.)

Die Vorschriften des § 316, Abs. 1 und 2 sind trotz der Indikativform „hat" und „wird" lediglich nur instruktioneller Natur. Ein Verstoss gegen diese Vorschriften hat daher auf die Gültigkeit des Urteils und auf die Zustellung desselben keinen Einfluss.[1])

Die Vorschriften des § 313, Abs. 1 über den Inhalt des Urteils enthält wesentliches und zwingendes, absolutes Prozessrecht. Ein Verstoss gegen § 315 bedeutet somit einen Mangel, bezüglich dessen die Parteien auf das Rügerecht nicht verzichten können und der von amtswegen zu berücksichtigen ist. Es ist daher auch die Zustellung eines nicht oder nicht von allen Richtern unterschriebenen Urteils wirkungslos und nicht geeignet, die Rechtsmittelfrist zu eröffnen, da die Heilung von derartigen Verstössen gemäss § 295, Abs. 1 nicht möglich ist.[2])

Nach § 317, Abs. 2 dürfen Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften des Urteils vor vollständiger Abfassung und Unterschrift desselben nicht erteilt werden. Ist gegen die Vorschrift des § 317, Abs. 2 verstossen, so bewirkt dieser Verstoss die Nichtigkeit der vorgenommenen Vollstreckungshandlung. Während Seuffert[3]) bei Verletzung des § 317, Abs. 2 Heilung nach § 295, Abs. 1 eintreten lässt, sehen Skon.-Gelpke[4]) und anscheinend auch Gaupp-Stein[5]) in § 317, Abs. 2 wesentliches, absolutes Prozessrecht, das der Parteidisposition nach § 295, Abs. 1 entrückt ist.

Enthält das Urteil Unrichtigkeiten, Auslassungen,

---

[1]) Gaupp-Stein, zu § 316, I; Seuffert, zu § 316, Abs. 1 und 2.

[2]) Gaupp-Stein, zu § 315, II; Struckmann-Koch, zu § 315, Note 1; Skon.-Gelpcke, zu § 315, N. 5; J. W. 1901, S. 840[16]; Gruch. 46, 1079; Bad. Rpr. 68, 186; Rspr. 21, 81; Heilbut, Arch. f. d. civ. Prax. 69, 404; vgl. auch Biermann, ZZP., 35, S. 201 ff.; Brugier, ZZP., 36, S. 302 ff.

[3]) Zu § 317, Abs. 2; vgl. auch Biermann, ZZP., 35, S. 201 ff.; Brugier, ZZP, 36, S. 302 ff.

[4]) Zu § 317, Abs. 2, N. 4; zu § 310, N. 1; zu § 315, N. 5.

[5]) Zu § 317, Abs. 2, II.

Dunkelheiten oder Widersprüche, so hat die Berichtigung zu erfolgen, wenn binnen einer einwöchigen Frist mittels Zustellung eines Schriftsatzes das Berichtigungsverfahren beantragt wird. § 320, Abs. 1. Da diese einwöchige Frist keine Notfrist ist, somit durch Parteivereinbarungen verlängert werden kann, so ist bei Nichteinhaltung der Frist der Verfahrensmangel durch Rügeverzicht des Gegners nach § 295, Abs. 1 heilbar, ebenso wie eine event. verspätete Zustellung des Schriftsatzes.[1])

Zu § 330 ff. CPO.

Versäumnis-Urteil.

Ist der Kläger im Termine zur mündlichen Verhandlung säumig, so hat auf Antrag des Beklagten Versäumnisurteil auf Klageabweisung zu erfolgen. Bei der Prüfung der Voraussetzungen für die Zulässigkeit dieses Urteils (§ 335) kann eine Prüfung von amtswegen dahin, ob Mängel in der Klagerhebung vorliegen, nicht mehr stattfinden, da durch die frühere Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache etwaige Mängel bereits nach § 295, Abs. 1 geheilt sind.[2]) Mängel in der Form des Zustellungsaktes dagegen sind hier von amtswegen zu berücksichtigen, obgleich Mängel der Zustellung an sich der Partei-Disposition und somit auch dem Rüge-Verzicht nach § 295, Abs. 1 unterstellt sind. Das Gleiche gilt, wenn die Partei zwar erschien, aber nicht verhandelt hat, da § 295, Abs. 1 die Heilung von Verfahrensmängeln nicht an das Erscheinen als solches, sondern an das Verhandeln zur Sache ohne Rüge des Verfahrensmangels knüpft.[3])

Nach § 340, Abs. 1 erfolgt die Einlegung des Einspruchs durch Einreichung der Einspruchsschrift bei dem Prozess-

---

[1]) Gaupp-Stein, zu § 320, III; Skon.-Gelpcke, zu § 320, N. 5; Goldenring, ZZP., 9, 85; Lang, Mängel der CPO., S. 44; Sächs. Arch., 7, 165 ff.; K.-B. zur Novelle 1898, S. 90; J. W. 1899, S. 92; S. A., Bd. 39, Nr. 149.

[2]) Hierin a. M.: Schmidt, S. 555.

[3]) Gaupp-Stein, zu § 355, III, Abs. 2.

Andrer Meinung: Schneider, Arch. f. d. civ. Prax., 66, 285 ff.

gerichte. Ob die Einspruchsschrift die in § 340, Abs. 2 aufgezählten wesentlichen Erfordernisse enthält, hat das Gericht bei der Verhandlung über den Einspruch von amtswegen zu beachten, (§ 341), es kann daher auch das Recht, die Verletzung der Vorschrift des § 340, Abs. 2 zu rügen, nicht nach § 295 verloren werden.[1])

Zu § 355 ff. CPO.

Allgemeine Bestimmungen über die Beweisaufnahme.

Steht der Aufnahme des Beweises ein Hindernis von ungewisser Dauer im Wege, so ist auf Antrag eine Frist zu bestimmen, nach deren fruchtlosem Ablauf das Beweismittel nur benutzt werden kann, wenn dadurch das Verfahren nicht verzögert wird. § 356 CPO.

Ist ohne Antrag eine Frist zur Angabe der Adresse eines nach dem Beweisbeschluss zu vernehmenden Zeugen gesetzt worden, so liegt hierin die Verletzung einer wesentlichen, wenngleich dispositiven Prozessvorschrift. Rügt die Partei den Verfahrensmangel nicht, so gilt er nach § 295, Abs. 1 als geheilt.[2])

§ 357 CPO gestattet den Parteien[3]), der Beweisaufnahme beizuwohnen. Diese Befugnis, bei der Beweisaufnahme gegenwärtig zu sein, — in der Litteratur als Parteiöffentlichkeit bezeichnet —, gibt den Parteien einen unbedingten Anspruch auf Benachrichtigung von den Beweisterminen[4]) und zur Antragstellung auf Verlegung dieses Termines beim Vorliegen wichtiger Gründe.[5])

Beweisaufnahme im Sinne des § 357 CPO. ist auch

---

[1]) Seuffert, zu § 340, Note 2; R. G. 7, S. 372; 27, S. 405; J. W. 1892, S. 160. — § 340, Abs. 3 hat lediglich instruktionelle Bedeutung; die Nichtbeachtung dieser Vorschrift macht die Einlegung des Einspruchs nicht rechtsunwirksam.

[2]) Warneyer, Rsp. 1910, Nr. 357.

[3]) Den Parteien ist gleichgestellt der Nebenintervenient, § 71. Abs. 3 CPO.

[4]) R. G. 6, 351; J. W. 1902, 17; Bad. R. 1902, 277.

[5]) Els. Z. 33, 579; ZZP, 38, 550 ff.

die Abnahme des Eides[1][2]), die Einnahme des Augenscheins im Falle des § 144.[3])

Erfolgte die Benachrichtigung nicht oder nicht rechtzeitig[4]) oder wurde versehentlich die Terminstunde der Beweisaufnahme falsch mitgeteilt und dadurch die Abwesenheit der Partei veranlasst,[5]) oder wird die erschienene Partei nicht zugelassen oder wird die Beweisaufnahme ohne Verbescheidung ihres Verlegungsantrages vorgenommen, so ist die Beweisaufnahme der betreffenden Partei gegenüber unwirksam.[6])

Hinsichtlich der Abnahme des Partei- bezw. richterlichen Eides besteht Streit darüber, ob dieselbe auch dann als gültig zu erachten sei, wenn der Gegner zufolge nicht rechtzeitiger Benachrichtigung vom Termine bei der Abnahme nicht anwesend war. Das Reichsgericht erachtet in seiner Entscheidung[7]) die Eidesabnahme als zulässig, da bei der Eidesabnahme selbst der Gegner des Schwurpflichtigen nicht mitzuwirken habe, die Eidesabnahme ausschliesslich Sache des Richters sei, die daher anders als bei der Erhebung des Zeugen- und Sachverständigeneides ohne Zulassung des Gegners ordnungsgemäss vor sich gehen könne. Es folge hieraus auch von selbst, dass Verstösse gegen die sog. Partei-Öffentlichkeit bei den beiden Arten der Beweisaufnahme nicht ohne weiteres gleichzustellen seien. Dazu komme noch, dass die Eidesauflage des Partei-Eides schon selbst eine Entscheidung darstelle,

---

[1]) Köln. Z. 35, 244; Neubauer, ZZP., 17, 99 ff; Simonson, ZZP. 35, 424.

[2]) Ausgenommen der Fall des Offenbarungseides nach §§ 889, 900 CPO.; R. G. 14, 394.

[3]) Nicht hierher zählt die Augenscheinseinnahme des Sachverständigen ohne Beisein des Richters. J. W. 1891, 389; 1898, 45; 1903, 66; Bad. Z. 3, 1; Rspr. 19, 125.

[4]) Köln. Z. 35, 242 ff.

[5]) Warneyer, Rspr. 1910, S. 358.

[6]) Seuffert, zu § 357, N. 1; Skon.-Gelpcke, zu § 357, Note 3; Gaupp-Stein, zu § 357, I; R. G. 6, 351; J. W. 1907, 392; Neubauer, ZZP. 17, 95 ff. Anderer Meinung: Sächs. Ann. 18, 274; Köln. Z. 35. 242 ff.

[7]) R. G. 76, 101.

durch die der Richter einer Partei anheimgibt, über einen wesentlichen Teil des Prozessstoffes, — und wenn der Eid durch bedingtes End-Urteil auferlegt werde, — unmittelbar über den Ausgang des Prozesses in bindender Weise Bestimmung zu treffen, während doch die sonstige Beweisaufnahme nur dazu diene, lediglich eine Grundlage für die richterliche Beurteilung zu schaffen. Bei der Auflage des Parteieides habe ja auch der Gegner des Schwurpflichtigen schon vorher Gelegenheit gehabt, Stellung zu der Frage zu nehmen, ob der Eid geschworen werden kann.

Das Reichsgericht versagt daher dem Gegner des Schwurpflichtigen das Recht, die Wiederholung des Eides zu verlangen, da bei der Leistung des Partei-Eides ein Verstoss gegen die Partei-Öffentlichkeit mit Wirkung der Ungültigkeit der Eidesleistung nicht angenommen werden könne, weil die Wiederholung unvereinbar mit der Heiligkeit und der strafrechtlichen Bedeutung des Aktes sei und in letzter Linie der Schwurpflichtige sich selbst darüber schlüssig zu machen habe, ob er den Eid leisten wolle oder nicht.

Andrer Meinung ist Gaupp-Stein,[1]) welcher die ohne Zuziehung der Gegenpartei des Schwurpflichtigen vorgenommene Abnahme des Parteieides als ungültig erachtet, da erfahrungsgemäss die Vorhaltungen des Gegners, (besonders kurz vor der Eidesleistung), schwerer wiegen als die oft bloss schematischen Eidesbelehrungen des Richters.[2]) Ungültig ist wegen Verletzung des § 357 eine Beweisaufnahme auch dann, wenn dieselbe in der Behausung des Gegners stattfindet und dieser der anderen Partei den Zutritt verweigert[3]). § 357 dient dem Interesse der Parteien; er

[1]) Zu § 357, I.

[2]) ZZP. 17, 99; Meyer, Recht 15, 327.
Anderer Meinung: Köln. Z. 35, 242 ff.

[3]) Anders dann, wenn die Beweisaufnahme in der Behausung eines Dritten stattfindet, aber dieser dem Gegner den Zutritt verwehrt, z. B. bei der Augenscheinseinnahme. Hier schliesst das Hausrecht die Anwendung des § 357 CPO. aus und es muss daher die so erfolgte Beweisaufnahme als gültig angesehen werden: Gaupp-Stein, zu § 357, I.

enthält somit zwar wesentliches, aber dispositives Verfahrensrecht, so dass, falls die Gesetzesverletzung in der nächsten mündlichen Verhandlung nicht gerügt wird, Heilung nach § 295, Abs. 1 CPO. eintritt.[1])

Erfolgt die Beweisaufnahme im Ausland, so greift § 357 CPO. gleichfalls Platz.[2]) Wurde die Partei von dem Beweisaufnahme-Termin nicht oder nicht ordnungsgemäss benachrichtigt, so kann sie die Gültigkeit der Beweisaufnahme, selbst wenn nach ausländischem Prozessrecht die Benachrichtigung nicht vorgeschrieben ist, rügen. Der Verfahrensmangel kann aber nach § 295, Abs. 1 CPO. behoben werden.[3])

Zu § 373 ff. CPO.

Zeugen-Beweis.

Die Aufnahme des Zeugenbeweises ist Sache des Richters. (§§ 356, 375, 394 ff.) Schriftliche Äusserung oder Vernehmung durch den Gerichtsschreiber ist nur bei der Glaubhaftmachung nach § 294 statthaft, ein Mangel in dieser Beziehung kann jedoch nach § 295, Abs. 1 geheilt werden.[4]) Ist eine solche Heilung nicht erfolgt, so

[1]) Seuffert, zu § 357, Note 1; Struckmann-Koch, zu § 357, Note 3; Gaupp-Stein, zu § 357, I; R. G. 6, 351; J. W. 1907, 392; Neubauer, ZZP., 17, S. 95 ff. Anderer Meinung hinsichtlich des Parteieides: R. G. 76, S. 101; Köln. Z. 35, S. 242 ff.

[2]) Art. 11, Abs. 2 des Haager Abkommens vom 17. Juli 1905, R. G. Bl. 1909, S. 410. —

Nach Gaupp-Stein, zu § 363, III hat die Partei bei Beweisaufnahme im Auslande ein unbedingtes Recht auf Anwesenheit und Benachrichtigung gemäss § 357 CPO. nur insoweit, als das ausländische Prozessrecht dies vorsieht und bei Ersuchen der Konsulargerichte und der Gerichte der Schutzgebiete, die nach der CPO. verfahren. Vergl. hiezu Levis, Internat Entmündigungsrecht, S. 260 ff.

[3]) Gruch. Bd. 30, S. 1131 und 1133; J. W. 1893, S. 135. Nach EG. z. CPO, § 5 ist die Landes-Gesetzgebung berechtigt, die Partei-Öffentlichkeit bei Vernehmung oder Beeidigung des Landesherrn usw. auszuschliessen.

[4]) Das Recht, Bd. 13, Nr. 2145, R. G., V. C.-S., Urteil vom 19. V. 1909, wo ein Verzicht auf die mündliche Wiederholung schriftlich eingereichter Zeugenerklärungen ausdrücklich als statthaft bezeichnet wurde; s. auch Gruch., Bd. 30, S. 1131.

bildet die Berücksichtigung der schriftlichen Äusserung eine Gesetzesverletzung.[1])

Nach § 383, Abs. 2 sind die in Nr. 1—3 des § 383, Abs. 1 bezeichneten Personen vor der Vernehmung über ihr Zeugnisverweigerungsrecht zu belehren. Wurde gegen diese Gesetzesbestimmung bei der Beweisaufnahme verstossen, so kann hierauf die Berufung und die Revision gegründet werden. Da aber § 383, Abs. 2 verzichtbares, wenngleich wesentliches Prozessrecht enthält, so gilt der Verstoss gegen genannte Vorschrift durch Unterlassung der Rüge nach § 295, Abs. 1 als geheilt, auch dann, wenn es sich um eine Beweisaufnahme im Eheprozess handelt.[2])

Verweigert ein Zeuge vor einem beauftragten oder ersuchten Richter die Aussage, so ist der Zeuge und die Partei von amtswegen zur mündlichen Verhandlung vor das Prozessgericht zu laden. § 389, Abs. 1 und 2 CPO. Ist die Ladung des Zeugen unterblieben, so verliert die Partei, falls sie den Mangel in der nächsten mündlichen Verhandlung nicht rügt, das Recht, die Entscheidung über die Verweigerung des Zeugnisses zu verlangen[3]), denn § 389, Abs. 2 verfolgt nur das Interesse der Parteien und fällt mangels eines öffentlichen Interesses an der Beachtung dieser Vorschrift unter die Verfahrensnormen im Sinne des § 295, Abs. 1.

Gemäss § 391 CPO. ist der Zeuge, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, zu beeidigen; auf die Beeidigung können jedoch die Parteien verzichten. (§ 391, Abs. 2.) Hieraus erhellt, dass das Gebot der Beeidigung dem dispositiven Prozessrechte angehört. Wurde ein Zeuge, der hätte beeidigt werden müssen, unbeeidigt vernommen, so ist die Verfahrensnorm des § 391, Abs. 1 verletzt. Diese Verletzung begründet die Berufung und im Falle der Ursächlichkeit auch die Revision, wenn nicht der Mangel

---

[1]) J. W. 1893, 59; 1896, 656, ff.; Gaupp-Stein, zu § 373, IV, Abs. 3.
[2]) R. G. 26, I, 1911, IV. C.-S., Warneyer, Rspr. 1911, Nr. 206.
[3]) Gaupp-Stein, zu § 389, Abs. 2, II.
Anderer Ansicht: Gruch. 41, 1175.

nachträglich durch Rügeverzicht oder Verlust des Rüge-Rechts gemäss § 295, Abs. 1 geheilt wurde.[1])

Beruht die Unterlassung der Beeidigung auf einer ausdrücklichen Entscheidung des Gerichts, so kann von einer Anwendung des § 295 keine Rede sein.[2])

Die Beeidigung der nach § 393, 1 Ziff. 3 u. 4 unbeeidigt zu vernehmenden Personen kann nach dem Ermessen des Gerichts nachträglich angeordnet werden. § 393, 2. Hat das Gericht die Prüfung der Frage der Beeidigung unterlassen und gar nicht in Erwägung gezogen, so liegt eine Gesetzesverletzung vor,[3]) die Beweisaufnahme ist daher als ungültig zu erachten, jedoch nach § 295 heilbar, da die Vorschrift des § 393, Abs. 2 publizistischen Interessen nicht dient.[4])

Gemäss § 398, Abs. 1 CPO. kann das Prozessgericht nach seinem Ermessen die wiederholte Vernehmung eines Zeugen anordnen. Bei der wiederholten oder der nach-

---

[1]) Gaupp-Stein, zu § 391, III; Seuffert, zu § 391, Fussnote 1b; Struckmann-Koch, zu § 391, Note 2; Skon.-Gelpcke, zu § 391, N. 3. R. G. 17, 380; J. W. 1892, 236; 1893, 135; 1894, 362[11]; 1895, 82[2]; 1896, 598; 690; 1898, 600; S. A. 39, Nr. 256; 42, Nr. 229; 47, Nr. 166; 51, Nr. 229; 58, Nr. 152; Gruch. 37, 1262; 41, 932; Bay. Ob. L. G. N. S. 1, 614; Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bay. 1, S. 129.

Anderer Meinung: Fitting, ZZP. 11, S. 7, N. 5; Schmidt, S. 486, Note 1; Nessel in Gruch. 30, 207.

[2]) Gaupp-Stein, zu § 393, III; Seuffert, zu § 391, Note 2; Skon.-Gelpcke, zu § 391, Note 3; R. G. 53, 256 ff; Gruch. 28, 1149 ff; S. A. 47, Nr. 166; 48, Nr. 189; Gruch. 37, 1262; S. A. 54, Nr. 118.

Anderer Meinung: J. W. 1897, S. 564.

[3]) Bay. Ob. L. G., neue Ser., 1, 614 ff.

[4]) R. G. 17, 380; S. A. 51, Nr. 147; Bay. OLG., neue Ser., 1, 114; Warneyer, Rspr., 1911, Nr. 99, wo ausgeführt ist, dass auch dann, wenn der ersuchte Richter einen Zeugen unbeeidigt vernimmt, ohne die Frage der Beeidigung in Erwägung zu ziehen, die Beweisaufnahme ungültig ist, soferne nicht durch Unterlassung der Rüge in der nächsten mündlichen Verhandlung Heilung eingetreten ist, R. G. v. 10. November 1910, II. C. S.; ebenso Freudenthal, zu § 393, Note 1.

Andrer Ansicht: Skon.-Gelpcke, zu § 393, Note 1, wonach ein Verstoss gegen § 393 durch Rügeverzicht nach § 295, Abs. 1 nicht geheilt werden kann.

träglichen Vernehmung hat der Richter die Möglichkeit, statt der nochmaligen Beeidigung den Zeugen die Richtigkeit seiner Aussagen unter Berufung auf den früher geleisteten Eid versichern zu lassen. § 398, Abs. 3.

Wurde bei der früheren Vernehmung die Beeidigung zu Unrecht unterlassen, so hat das Gericht bei der wiederholten Vernehmung den Zeugen zu beeidigen, soweit nicht die Partei auf die Beeidigung verzichtet. Blieb bei der früheren Vernehmung der Zeuge unbeeidigt und wurde die Gesetzesverletzung nach § 295, 1 geheilt, so wird dadurch eine Beeidigung bei der wiederholten Vernehmung nicht ausgeschlossen.[1])

Da der Zeuge bei der wiederholten Vernehmung die Richtigkeit seiner Aussage unter Berufung auf den früher geleisteten Eid zu versichern hat, so kann die blosse Hinweisung auf den früher geleisteten Eid die Versicherung der Richtigkeit der Aussage durch den Zeugen nicht ersetzen. Erfolgte blosse Hinweisung, so ist eine wesentliche Verfahrensvorschrift verletzt, die aber den Charakter einer verzichtbaren Verfahrensnorm hat, da sie im Interesse der Parteien aufgestellt ist. Der Mangel kann daher nach § 295, Abs. 1 behoben werden.[2])

Zu § 402 ff. CPO.

Beweis durch Sachverständige.

Der Sachverständige hat sein Gutachten zu beeidigen. Wurde ein Sachverständiger unbeeidigt vernommen und haben die Parteien auf die Beeidigung nicht verzichtet, so liegt ein Verstoss gegen § 410 CPO. vor. Auf diese Gesetzesverletzung kann die Berufung und die Revision gestützt werden, da § 410 wesentliches Prozessrecht enthält. Weil aber die Parteien auf die Beeidigung des Sachverständigen verzichten können, so sind die Vorschriften bezgl. der Sachverständigen-Beeidigung als dispositives

[1]) BOL. S. A. 58, Nr. 152.

[2]) Freudenthal, zu § 398, N. 8; R. G. 9, 377; J. W. 1902, S. 361; vgl. auch oben S. 100 die Ausführungen zu § 391.

Verfahrensrecht zu erachten, deren Verletzung nach § 295, Abs. 1 geheilt werden kann, es sei denn, dass die Nichtbeeidigung des Sachverständigen auf Beschluss des Gerichtes beruht.[1])

Ist eine Person als Zeuge und Sachverständiger vernommen worden, so hat sie den Zeugen- und Sachverständigen-Eid zu leisten; hat sie nur den Zeugeneid geleistet, so liegt gleichfalls eine Verletzung des § 410 vor; es tritt aber auch hier Heilung nach § 295 ein.

Zu § 445 ff. CPO.

Beweis durch Eid.

Nach § 453, Abs. 2 kommt die Zuschiebung des Eides, soweit andere Beweismittel neben ihr oder nach ihr geltend gemacht werden, erst in Betracht, wenn die Beweisaufnahme ergebnislos im Sinne des § 286 CPO. verlaufen ist oder wenn das Beweisangebot nach §§ 374, 433 abgelehnt ist. Liegt ein Verstoss gegen § 453, Abs. 2 vor, indem die sofortige Auferlegung des Eides verfügt wurde, und wird dieser Verfahrensmangel nicht gerügt, so tritt Heilung gemäss § 295, 1 ein[2].)

Auf die Leistung eines Eides ist durch bedingtes Endurteil zu erkennen. § 460. Sind die Parteien über die Erheblichkeit und die Norm des Eides einverstanden oder dient der Eid zur Erledigung eines Zwischenstreites, so kann die Leistung des Eides durch Beweisbeschluss angeordnet werden, § 461, Abs. 1. Fehlt es an den Voraussetzungen des § 461 und wurde trotzdem der durch Beweisbeschluss auferlegte Eid geleistet, so treten, falls die Verletzung des § 461 gerügt wird, die Wirkungen des

---

[1]) Seuffert, zu § 410, Note 1 d; Skon.-Gelpcke, zu § 410, Note 2; Gaupp-Stein, zu § 410, IV; Freudenthal, zu § 410; R. G. 17, 380; 20, 394; S. A. 39, Nr. 256; J. W. 1892, S. 158[5]; 1894, S. 516[8]; Sächs. Arch. 4, S. 728; das Recht, Bd. 13, Nr 515; vgl. hiezu die Ausführungen oben S. 100 zu § 391.

[2]) R. G. 27. Mai 1911, VI. C. S. in J. W. 1911, S. 717[20].
Andrer Meinung: R. G. 74, 26.

§ 463 nicht ein.[1]) Wird aber die Unzulässigkeit des Beschlusses nicht beanstandet, so kann die durch die Beschlussform begangene Gesetzesverletzung nachträglich nicht mehr gerügt werden, denn der Beweisbeschluss ist eine den Gang des Verfahrens, insbesondere die Form der Beweisaufnahme regelnde Prozesshandlung, und es handelt sich bei einem Verstoss gegen § 460 bezw. § 461 nur um einen Missgriff in der Wahl der Form der Anordnung, worauf § 295, Abs. 1 Anwendung zu finden hat, da diese Verfahrensvorschriften im Interesse der Partei gegeben sind.[2])

Zu § 592 ff. CPO.

Urkunden- und Wechselprozess.

Im Urkunden-Prozess muss die Klage die Erklärung enthalten, dass im Urkunden-Prozess geklagt wird. § 593, Abs. 1.

Der Klage oder einem vorbereitenden Schriftsatze müssen die Urkunden, sei es in Urschrift oder in Abschrift, beigefügt werden, durch welche die sämtlichen zur Begründung des Anspruches erforderlichen Tatsachen bewiesen werden können.[3])

Die der Klage oder dem Schriftsatze beigegebenen Urkunden müssen, wie die Klage selbst, dem Beklagten zugestellt werden. Ist die Zustellung der Klage-Urkunden

---

[1]) R. G. 9, 345.

[2]) Seuffert, zu § 460, N. 1; Struckmann-Koch, zu § 495, N. 2; Gaupp-Stein, zu § 461, II; Skon. Gelpcke, zu § 461, N. 3; Wilm.-Levy, N. 1 zu § 267 ä. F.; Petersen, zu § 461, N. 5; Wach, Vortr., II, 261; Schwickerath, der Beschlusseid, Diss. 1896, S. 21; Stölzel, Schulung f. d. ziv. Prax. (8) I, 330 ff.; R. G. 3, 367; 66, 211 ff.; S. A. 47, Nr. 165; 40, Nr. 252; Gruch. 30, 1128; 37, 385; Els. Z. 19, S. 5, 6; 20, 483; J. W. 1894, 13; 1898, 351; 1899, 33; 1900, 509; Naumb. Z. 1892, S. 34, 35; Bad. Rpr. 1905, 21; Sächs. A. III., S. 261.

Andrer Ansicht: Vierhaus, ZZP., 5, S. 86; Fitting, ZZP., 11, S. 7, Fussnote 5, welche in einem Verstoss gegen §§ 460, 461 einen materiellen, dem Parteiverzicht nicht unterstellten Mangel erblicken.

[3]) Kann dieser Beweis durch Auszüge erbracht werden, so genügen auch Auszüge. S. A. 54, Nr. 65.

nicht, oder nicht ordnungsgemäss, oder nicht rechtzeitig erfolgt, oder sind die dem Beklagten auszuhändigenden Abschriften nicht beglaubigt oder die Abschriften inkorrekt und lückenhaft, so liegt ein mangelhafter, rechtsunwirksamer Zustellungsakt vor. Das Erfordernis der Zustellung der Urkunden an den Beklagten ist in § 593 wesentlich im Gegensatz zu § 131. Die Zustellung der Urkunden ist hier Voraussetzung für die Gültigkeit des Klageerhebungsaktes. Bleibt der Beklagte in der mündlichen Verhandlung aus, so muss auch das Gericht von amtswegen prüfen, ob die Bestimmung des § 593, Abs. 2 beachtet ist, widrigenfalls hat es die Klage, ebenso wie dann, wenn der Beklagte erscheint und den Mangel rügt, durch Prozess-Urteil (absolutio ab instantia) wegen Mangels eines für den Urkundenprozess wesentlichen Erfordernisses zurückzuweisen. Liegen aber die Urkunden in der mündlichen Verhandlung vor und rügt der Beklagte in der Verhandlung die Unterlassung der Zustellung derselben nicht, so gilt der Verfahrensmangel nach § 295, 1 als geheilt. Die vorherige Zustellung der Urkunden ist im Interesse des Beklagten obligatorisch gemacht, um ihn auf das Klagevorbringen vorzubereiten, es handelt sich daher nur um ein formelles, wenn auch wesentliches, im Interesse der beklagten Partei aufgestelltes Erfordernis der Klagerhebung. § 593 enthält mithin, soweit die Zustellung der Urkunden in Frage steht, dispositives Prozessrecht, auf welches § 295, 1 Anwendung zu finden hat.[1])

Zu § 929, Abs. 2 CPO.

Nach § 929 ist die Vollziehung des Arrestbefehls unstatthaft, wenn seit dem Tage, an welchem der Befehl ver-

[1]) Gaupp-Stein, 10. Aufl., zu § 593, II, 2, 4; Seuffert, zu § 593, N. 2c, e; Struckmann-Koch, zu § 593, N. 2, Abs. 3; Schmidt, Lehrbuch, (2), S. 575 N. 3; Stein, Urk.-Prozess, S. 160ff.; Sydow, ZZP., 2, 500; Heilbut, civ. Arch. 69, S. 392ff.; Rspr. 15, 271; RG. 12, 133.

Andrer Meinung: Wilm.-Levy, N. 3, zu § 556 alt; Petersen, N. 3, zu § 593; Hellmann, Lehrbuch, S. 937; KG. Berlin, Rspr. 17, S. 180; RG. 5, 352; 41, 408ff.; 56, 301.

kündet oder der Partei, auf deren Gesuch derselbe erging, zugestellt ist, ein Monat verstrichen ist. Die Frist des § 929 CPO. ist eine gesetzliche Frist, die vom Richter weder verkürzt noch verlängert werden, welche aber wohl durch Parteidisposition nach § 224 eine Verlängerung erfahren kann. Hieraus folgt aber weiter, dass, falls der Prozessgegner nach Umfluss der Monatsfrist gleichwohl die Vollziehung des Arrestbefehls gestattet, ohne die Verletzung des § 929, Abs. 2 zu rügen, diese gemäss § 295, Abs. 1 durch stillschweigenden Verzicht auf die Beachtung des § 929, Abs. 2 als geheilt anzusehen ist.[1])

Schlussbemerkung.

Bei der Beantwortung der Frage, ob der Grundsatz des § 295 als allgemeiner und natürlicher Verfahrensgrundsatz auch in der Zwangsvollstreckung und in jenen öffentlichen Verfahren ausserhalb des Zivilprozesses,[2]) in welchen in Ermanglung eines Verwaltungszwangsverfahrens die entsprechende Anwendbarkeit der Vorschriften der CPO. angeordnet ist, Platz greift, ist davon auszugehen, dass

---

[1]) Gaupp-Stein, zu § 929, II, N. 1; Struckmann-Koch, zu § 929, N. 2; Seuffert, zu § 929, N. 2; Recht, Jahrg. 13, Spr. Nr. 24, 91; RG. 37, 378; vgl. auch Planck, I, S. 431, insbes. 503.

[2]) Gemäss § 3 EG. z. CPO. gelten die Vorschriften der CPO. über die Zwangsvollstreckung für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche vor die ordentlichen Gerichte gehören, nicht aber für Verwaltungssachen. Denn die Regelung des Verwaltungszwangsverfahrens ist Sache des Landesrechts. Letzteres hat allerdings auf die administrative Zwangsvollstreckung die Vorschriften der CPO. ganz oder teilweise für anwendbar erklärt, z. B. das bayer. Ausf.-Ges. z. CPO. in d. Fass. d. Bek. vom 26. Juni 1899 (Ges.- u. Ver.-Bl., S. 401), Art. 4ff.; ebenso finden aus den Endurteilen der Gewerbe- und der Kaufmannsgerichte sowie aus den nach Erhebung der Klage vor den Gewerbe- oder den Kaufmannsgerichten geschlossenen Vergleichen gemäss Gew.-Ger.-Ges. § 57, Abs. IV, Satz 1 und dem Kaufmanns-Ger.-Ges., § 16, Abs. 1 die Vorschriften des 8. Buches der CPO. Anwendung, soweit sich nicht aus den Vorschriften des § 57, Abs. 2 und 3 und Abs. 4, S. 2 des Gew.-Ger.-Ges. ein anderes ergibt.

das Verfahren im Stadium der Zwangsvollstreckung kontradiktorische Gestaltung nicht erhalten hat und dass, wie Gaupp-Stein[1]) treffend bemerkt, für das Vorgehen der Vollstreckungsorgane eine feste Grundlage sowohl dem Schuldner als auch Dritten gegenüber zu schaffen ist. Sind daher die formalen Erfordernisse im Vollstreckungsverfahren nicht beachtet, so ist die Zwangsvollstreckung nichtig und nicht geeignet, Pfandrechte zu erzeugen. Es kann daher bei Verletzung von Verfahrensnormen die Unwirksamkeit durch Parteidisposition nicht behoben werden, selbst dann nicht, wenn der Schuldner bei einer nach §§ 766, 793 oder 891 CPO. stattfindenden mündlichen Verhandlung den Verfahrensmangel nicht rügt.[2])

[1]) Zu § 750, II, Abs. 2.

[2]) Guttmann, ZZP., 29, S. 397 ff.; Müller, Pfändungspfandrecht, S. 139 ff.

Andrer Ansicht: Gruch. 43, 1232; Falkmann, Zwangsvollstreckung, S. 153; Rechtsprechung, 13, S. 195.